Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs.

Inaugural-Dissertation,

verfasst und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

Würzburg

vorgelegt von

Paul Neuburger

aus

Aschaffenburg.

LEIPZIG,

Buchhandlung Gustav Fock, G. m. b. H.

1904.

Literatur.

Aust, Das Pfandrecht am Schiffe. (Würzb. Diss. 1899.)
Bernhöft, Das Bürgerliche Recht, in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 1901.
Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, erl. 2. Aufl. 1903.
Böhm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.
Borcherdt, Das Mietsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.
Boldt, Das gesetzliche Pfandrecht des Frachtführers. (Leipzig. Diss. 1901/02.)
Bradt, Entstehung und Untergang des vertragsmässigen Pfandrechts an beweglichen Sachen nach dem gem. Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. (Rostocker Diss.)
Brettner, Streifzüge durch das Bürgerliche Gesetzbuch. (D. Recht, 4, S. 223 f.)
Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. (Strassb. Diss. 1900.)
Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901.
Burckhard, Zum Begriff der Schenkung. (Festgabe der Würzburger rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät für E. J. Bekker.) 1899.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 4. Aufl. 1903. 2. Bd. 3. Aufl. 1901.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1903.
Cohn, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters (Adams, Wilke, u. s. w.). Gutachten aus dem Anwaltstand über die 1. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Herausgegeben im Auftrag des deutschen Anwaltsvereins. 1890.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens. 1. Bd. 2. Aufl. 1902. 2. Bd. 1. Abt. 1. u. 2. Aufl. 1899. 2. Bd. 2. Abt. 1. u. 2. Aufl. 1901. 3. Bd. 2. Aufl. 1901.
Dernburg, Pandekten. (Unter Mitwirkung von Biermann.) 7. Aufl. 1. Bd. 1902. 2. Bd. 1903.
Düringer und *Hachenburg,* Das Handelsgesetzbuch, erläutert. 1. Bd. 1899. 2. Bd. 1901.
Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Lieferung 2. Aufl. 1898. 2. Lieferung 1. und 2. Aufl. 1902.
Eger, Das deutsche Frachtrecht. 2. Band 1881. 3. Band. 1883.
Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Bd. 3. Aufl. 1898.
Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. 1. Bd. 1881. 2. Bd. 1882. 3. Bd. 1885. 4. Bd. 1884.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1901 f.
Eneccerus und *Lehmann,* Das Bürgerliche Recht. 1. Bd. (Eneccer.) 2. Aufl. 1901. 2. Bd. (Lehmann) 2. Aufl. 1901.

Engelmann, A., Das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts. 2. Aufl. von „Das alte und neue Recht Deutschlands". 1900.
Engelmann, A., Der deutsche Civilprozess. 1901.
v. *Erffa*, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters und Verpächters. (Rost. Diss. 1901/02.)
Ewaldt, Die Bedeutung des Erbscheins. (Marburger Diss. 1897/98.
Fischer und *Henle*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. 4. Aufl. 1900. 5. Aufl. 1902.
Fuld, Das Mietrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.
Fuld, Zum Mobiliarerwerb nach bürg. und Handelsrecht. (Archiv f. d. civ. Praxis, 89, 3. Heft, S. 402 ff.)
Gangloff, Das gesetzliche Pfandrecht des Frachtführers am Frachtgut. (Erl. Diss. 1897/98.)
Gareis, Handelsgesetzbuch, Handausgabe. 2. Aufl. 1900.
Gaupp, Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich. 4. Aufl., neubearbeitet von Stein. 1902.
Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. (Fischer, Abhandlungen, 4. Heft.) 1897.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, erläutert. 1. Bd. 1901.
Goldschmidt, Über den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigentümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 8. 225 ff.
Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge, gehalten in den Jahren 1896—97. 2. Aufl. 1900.
Harburger, Eigentumserwerb nach § 957 des bürgerlichen Gesetzbuchs. (Das Recht 5, S. 484 ff.)
Harburger, Konkursordnung, Handausgabe. 2. Aufl. 1900.
Hellmann, Eigentumserwerb nach § 957 des bürgerlichen Gesetzbuchs. (Das Recht 5, S. 417 ff.)
Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. (Allg. Teil.) 1897.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. (Fischers Abhandlungen zu Privatrecht und Civilprozess. Bd. 5, Heft 1.) 1900.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1901.
Henle und *Schneider*, Die bayrischen Ausführungsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.
Hirschfeld, Das Pfandrecht des Vermieters. (Jen. Diss. 1900/01.)
Jacobi, Das Pfandrecht des Vermieters. (Rostocker Diss. 1901/02.)
v. *Jacubezky*, Zum § 957. (Das Recht 6, S. 4 ff.)
Jackel, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 1901.
Jaeger, Erbenhaftung und Nachlasskonkurs. 1898.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 1902. 2. Aufl. 1. Heft. 1903.
Kahn, Die Natur der Interventionsklage nach der Civilprozessordnung und deren Anwendung auf die Mobiliarexekution im Gebiete des französichen Rechts. (Archiv für civ. Pr. 70. Bd. 1886.)
Knitschky, Das vertragsmässige Schiffspfandrecht. (Gruchot, Beiträge, Bd. 45, S. 782.)

Kohler, Archiv f. bürg. Recht 18. S. 110 ff.
Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältnis. 1888.
Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts. 2. Aufl. 1903.
Krech und *Fischer*, Die Gesetzgebung, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 1902.
Labes, Deutsche Juristen-Zeitung 1900, No. 10.
Langheineken, Der Urteilsanspruch. 1899.
Lewis-Boyens, Das deutsche Seerecht. Bd. 2. 1901.
Lüerssen, Das Schiffsgläubigerrecht und die übrigen seerechtlichen Pfandrechte. (Leipz. Diss. 1901/02.)
Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Aufl., bearb. v. Geib. 1898.
Mannhardt, Gutgläubiger Erwerb gesetzlicher Pfandrechte an Sachen Dritter. (Das Recht 4, S. 296 ff.)
Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.
Mittelstein, Das gesetzliche Pfandrecht und das Pfändungspfandrecht nach dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. (Archiv f. bürg. R. 5. 1891.)
Müller und *Meikel*, Das bürgerliche Recht. 1899.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Bd. 2. Aufl. 1900. 2. Bd. 2. Aufl. 1900.
Neumiller, Die Civilprozessordnung. 1903.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 1900.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch: Recht der Schuldverhältnisse. 1899 f.
Oetker, Konkursrechtliche Probleme und neuere Konkursliteratur. (Zeitschr. f. Civ.-Proz. 25. 1899.)
Petersen und *Anger*, Die Civilprozessordnung. 4. Aufl. 1. Bd. 1899. 2. Bd. 1901.
Petersen und *Kleinfeller*, Konkursordnung. 4. Aufl. 1900.
Planck, in Verbindung mit *Achilles, André, Greiff, Ritgen, Unzner*, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Bd. 2. Aufl. 1898. 2. Bd. 1. und 2. Aufl. 1900. 3. Bd. 1. und 2. Aufl. 1902. 4. Bd. 1. und 2. Aufl. 1901. 5. Bd. 1. und 2. Aufl. 1902. 6. Bd. 1. und 2. Aufl. 1901.
Puchta, Cursus der Institutionen. 10. Aufl., besorgt von Krüger. 1893.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. I. Bd. Allg. Teil. 1899.
v. Reibnitz, Der öffentliche Glaube des Erbscheins. (Rost. Diss. 1901/02.)
Rubner, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters. (Erlanger Diss. 1900/01.)
Sarwey, Die Konkursordnung. 4. Aufl., bearb. v. Bossert. 1901.
Schaps, Das deutsche Seerecht. 1897.
Scheiff, Praktisches Handbuch des Bürgerl. Rechts. 1902.
Scherer, Die Gesetzgebung des deutschen Reichs mit Erläuterungen. 1. Teil Bürgerliches Recht, erläutert. 1897.
Scherer, Deutsche Juristen-Zeitung 1900. 9. 14.
Schröder, Das eheliche Güterrecht. 3. Aufl. 1900.
v. Schrutka-Rechtenstamm, Zur Analyse der Exscindierungsklage. (Grünh. Zeitschr. 13. 298 ff.)

Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts. (Fischers Abh. II. Bd. 1. Heft). 1899.
Seuffert, Deutsches Konkursprozessrecht. (Binding, System. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. 9. Abt. 3. Teil.) 1899.
Seuffert, Kommentar zur Civilprozessordnung. 8. Aufl. 1. Bd. 1902. 2. Bd. 1903.
Seuffert, Zeitschrift für Civilprozess. 22. 322.
Siber, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirtes. (Fischers Abhandlg. Bd. 5. Heft 2). 1900.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 7. Aufl. 1900.
Staub, Kommentar zur allgemeinen deutschen Wechselordnung. 4. Aufl. 1901.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903. Bd. 3. Kober, Sachenrecht. Bd. 4. Th. Engelmann, Familienrecht.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 1. Bd. 3. Aufl. 1893. 2. Bd. 1. Halbband. 3. Aufl. 1896 (neu bearbeitet von Lehmann).
Strohal, Das deutsche Erbrecht. 2. Aufl. 1901.
Struckmann und *Koch*, Die Civilprozessordnung. 7. Aufl. 1900.
Sturm, Die Lehre von den Testamentsvollstreckern. 1898.
Turnau und *Förster*, Das Liegenschaftsrecht. I. Bd. 2. Aufl. 1902.
Verhandlungen des 20. deutschen Juristentags 1889.
" des 21. deutschen J. 1892.
Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten. (Arch. f. d. civ. Prax. 89, 1. u. 2. Heft, S. 1 ff.) 1899.
Weyl, R., Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Bd. 1898. 2. Bd. 1900.
Weyl, Hat der Pfandgläubiger das Recht der Weiterverpfändung? (Erl. Diss. 1898.)
v. Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung, fortges. v. K. Kurlbaum, A. Kurlbaum und W. Kühne. 6. Aufl. 1., 2. u. 3. Lieferung. 1902.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, bearbeitet von Kipp. 8. Aufl. 1900.
Wolff, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. 2. Aufl. 1901.

Corpus iuris civilis, rec. *Krueger*, *Mommsen*.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten.
Entwurf eines Handelsgesetzb. nebst Denkschrift. 1897. (Guttentag.)
Hahn und *Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Mugdan und *Falkmann*, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. 1.—6. Bd. („Rspr.“)

Die gebräuchlichen Abkürzungen finden Anwendung; bei den Literaturzitaten ist der Autorname allein angegeben, wo eine Verwechslung nicht zu besorgen ist.

Inhalt.

§ 1.

Einleitung.

I.

„Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet“ (haberet).[1] Kein Rechtsverkehr ist denkbar, den nicht dies Prinzip beherrschte.

Aber verschieden haben sich die einzelnen Rechte dazu gestellt.[2] Die Extreme dieser Stellungnahme finden sich im römischen und im deutschen Recht, dort gekennzeichnet durch den Satz: „Ubi rem meam invenio, ibi vindico“, hier durch die Sätze: „Wo du deinen Glauben gelassen hast, musst du ihn wieder suchen“ und kürzer: „Hand wahre Hand“.[3]

Der römische Satz ist die starre logische Konsequenz des juristischen Axioms,[4] unangreifbar in ihrer Folgerichtigkeit, aber bei jedem lebhafteren Rechtsverkehr auf die Dauer unhaltbar.[5]

Für die abweichende Haltung der deutschen Rechtsanschauung[6] war zunächst allerdings nicht dieser Gesichtspunkt der massgebende. Aber sie gelangte zu

---

[1] l. 54 D. de R. J. 50, 17 (Wortlaut); l. 64 § 4 D. de evict. 21, 2; l. 14 C. de donat. 8, 53; l. 20 pr. D. de a. r. d. 41, 1 (Ulpianus libro 29 ad Sabinum); l. 59. 143. 177. pr. cod.; l. 66 D. de R. V. 6, 1.

[2] Vgl. Mot. III, S. 341.

[3] Quellenstellen, s. Stobbe-Lehmann, II, 1, S. 259, A. 25 und S. 260, A. 26. S. auch Goldschmidt, S. 246 ff.

[4] Ausnahmen für die Übertragung durch den Fiskus, sowie den Landesherrn und seine Gemahlin l. 2, l. 3 C. 7,27, § 14 J. de usuc. 2, 6.

[5] Vgl. Goldschmidt, S. 225 ff.

[6] Vgl. Stobbe-Lehmann II, 1, S. 250 ff. und die daselbst zitierte Literatur.

einem Resultat, besser geeignet, der Regelung zur Grundlage zu dienen, die die Sicherheit des Rechtsverkehrs erforderte. Das deutsche Recht beschränkt die eisernen Konsequenzen des Grundsatzes auf die abhanden gekommenen Sachen.[1]) Es geht dabei von dem Gedanken aus: Wem ich meine Sache „anvertraue", in den setze ich Vertrauen. Vertrauen aber soll ich nicht dem Nächstbesten schenken. Tue ich es dennoch, so geschieht es auf meine Verantwortung.[2])

Was daraus folgt, ist ein Doppeltes:

Für den Anvertrauenden: einzig und allein an den „Vertrauensmann" soll er sich halten können, wenn die Sache aus dessen Gewahrsam verschwindet, oder ein Dritter ein sein Eigentum beeinträchtigendes Recht an der Sache erworben zu haben behauptet.

Für einen Dritten: er soll sich darauf verlassen können, dass der „Vertrauensmann", wenn er über die Sache weiter verfügt, dazu befugt war; er erwirbt also durch dessen Verfügung Eigentum (oder wenigstens eine „gegenüber dem Eigentümer gesicherte Besitzposition",[3]) bezw. ein Recht an der Sache.

Bald trat der zweite Gesichtspunkt mehr in den Vordergrund. Für einen entwickelteren Verkehr ward Sicherheit und Stetigkeit zur Hauptbedingung; der Grundsatz „Hand wahre Hand" war geeignet, sie zu gewährleisten.[4]) Wo das „ubi rem meam invenio..." herrschte, da wusste niemand, ob der Boden, darauf

---

[1]) So L. Salica 37, L. Rib. 33, 47. Über ältere Quellen, die selbst hier schon den redlichen Erwerb in Ausnahmefällen zulassen, s. St.-L. S. 253, in der folg. Periode, S. 266 f.

[2]) Partikuläre Abweichungen, St.-L. S. 260 f.

[3]) Lehmann, B. R., 2. Bd., S. 77.

[4]) „Der deutschen Rechtsauffassung fällt die Sicherung des Erwerbes und das Interesse des Verkehrs mehr in das Gewicht als die Rücksicht auf die Unantastbarkeit des erworbenen Eigentums." (Dernburg, Pand. I. § 212, S. 492.)

sein Recht ruhte, nicht unterwühlt war. Doch hat sich durch die Jahrhunderte hindurch als Konsequenz des germanischen Grundgedankens besonders die Verneinung des Rechtserwerbes an einer abhanden gekommenen Sache erhalten. So schlossen sich auch die neueren Rechte mehr und mehr dem deutschen Prinzip an.[1]) Wie schon das französische,[2]) so hat es das österreichische und, im Anschluss an das alte HGB. und das Hamburger und das Bremer Recht,[3]) auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch getan. Aus dem „gemeinsamen Minimalrecht für den Handelsverkehr" (Goldschmidt, S. 227) wurde so, wenn auch nicht in vollem Umfang, allgemeines bürgerliches Recht.[4])

Aber es geschah dies mit der angemessenen Beschränkung auf den gutgläubigen Erwerb (nach den altdeutschen Quellen zweifelhaft geblieben).[5])[6])

II.

Damit stehen wir vor dem Begriff des guten Glaubens, von dem § 932 II. BGB. die folgende negative[7]) Definition gibt: „Der Erwerber ist nicht in gutem

---

[1]) Ausführl. Erwägung. üb. d. Zweckmässigkeit, s. Mot. III, S. 344.

[2]) c. c. 2279; aus dem Wortlaut geht die Ausnahme für unredlichen Erwerb nicht hervor, doch wurde sie von der herrschenden Doktrin gemacht (Mot. III, S. 343, und die das. zit. Goldschmidt, S. 284 N. 7, und Renaud, Krit. Zeitschr. f. Rechtswissensch. des Auslands XVII, S. 140 ff.).

[3]) Öst. GB. § 367; Hamb. und Bremer E.G. zum a. HGB. § 30; a. HGB. a. 306.

[4]) Vgl. Goldschmidts Voraussage, S. 227.

[5]) Über das Aufkommen der Berücksichtigung der bona fides, s. St.-L. § 93, S. 263, in den neueren Gesetzgebungen S. 267 ff.; auch Gierke, S. 17, A. 43.

[6]) Dabei haben unsere modernen Gesetzgebungen natürlich dafür gesorgt, dass die Wirkungen des Satzes den bisher Berechtigten nicht allzuhart treffen; so BGB. §§ 816 I, 823 I.

[7]) Dass das BGB. den guten Glauben, der allein dem Erwerbe „die wirtschaftliche und ethische Rechtfertigung und den rechtlichen Grund gibt", nicht als positive Bedingung des Erwerbs, sondern den Mangel des guten Glaubens als Hindernis sonst eintretenden Erwerbs behandelt, erklärt sich aus dem Bestreben, die Beweislast zu regeln. (Dernburg, B. R. III, S. 277 f.)

Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräusserer gehört."

Ist uns aber damit eine klare und immer verwendbare Definition gegeben? Sind wir berechtigt, ohne weiteres in contrarium zu schliessen? Ist immer der und nur der in gutem Glauben, dem ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt ist, „dass die Sache nicht dem Veräusserer gehört"?

Das Gesetz selbst zeigt uns bald, dass dies nicht der Fall ist. Es gebraucht den Begriff des „guten Glaubens" bald hier, bald dort, in Fällen, in denen eine Einsetzung der Definition des § 932 II. keinen Sinn ergäbe. Das zeigt uns schon § 936 II. Es handelt sich um die Veräusserung einer mit dem Rechte eines Dritten belasteten Sache. „Das Recht des Dritten erlischt nicht, wenn der Erwerber zu der nach Abs. I. massgebenden Zeit in Ansehung des Rechtes nicht in gutem Glauben ist." Hier haben wir also einen guten Glauben in Ansehung eines „beschränkten Rechtes".[1]) Weiter noch führt uns § 1262 I.; hier ist gar nicht mehr von einer Veräusserung allein, sondern auch von einer Belastung die Rede, der „Veräusserer" fehlt also ganz. Dennoch spricht das Gesetz ohne weiteres vom „guten Glauben" des Erwerbers.

In reichem Masse finden wir eine erweiterte Bedeutung des Begriffs vollends da, wo die §§ 932 ff. oder die „Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten", „entsprechende Anwendung" finden. Handelt es sich auch nur um entsprechende Anwendung, so haben wir doch auch hier den „guten Glauben". Auf der einen Seite umfasst er hier statt des Eigentums des Verfügenden das Pfandrecht, (ja, sogar die Beobachtung der Erforder-

[1]) Cosack, B. R I, § 171. I, 2.

nisse, „von denen die Rechtmässigkeit der Veräusserung abhängt“[!]) (1244), oder sonstige Verfügungsbefugnis (135, 161), auf der andern tritt er hervor bei Gelegenheit der Niessbrauchsbestellung (1032) oder der Verpfändung (1207).

Wir haben nicht mehr nötig, das HGB. heranzuziehen, wo der eine § 366 den Begriff im weitesten Umfange zeigt. Eigentum, Verfügungsbefugnis wie Lastenfreiheit umfassend, findet er hier seine Stelle bei Veräusserung wie bei Verpfändung, auch bei rein originärem Erwerb: bei Entstehung gesetzlicher Pfandrechte.

Wir sehen schon aus diesen Beispielen: die Definition des § 932 II. lässt uns im Stich beim ersten Schritt, den wir mit ihrer Hilfe unternehmen wollen, und zwar nicht nur im Gebiet des Handelsrechts. Es ist nicht richtig, dass dem HGB. ein anderer Begriff des guten Glaubens zugrunde liege als dem BGB. Unser gesamtes Zivilrecht operiert vielmehr mit einem Begriff, den es nicht abschliessend definiert. Das Anwendungsgebiet des Begriffs ist kein einheitliches, und je nachdem kann er selbst in seinem Inhalt verschieden nüanciert sein. Wollen wir aber einen einheitlichen Oberbegriff aufstellen, so bleibt uns nichts übrig, als uns an den Sprachgebrauch des täglichen Lebens anzulehnen.

Gutgläubig, „redlich“ ist bei einem Rechtsgeschäft derjenige, welcher der Meinung ist, dass dem Geschäft kein Mangel anhafte[1]), dass die sämtlichen Grundlagen gegeben sind, die nach dem Gesetz erforderlich sind,

---

[1]) Vgl. Dernburg, B. R. III, S. 279, und für die Ansicht, dass der g. Gl. nicht generell als etwas Positives oder Negatives bezeichnet werden könne, Hachenburg, S. 158 f. Ein Eingehen auf den Streit über die negative oder positive Natur des g. Gl. dürfte, wie überhaupt eine schärfere Untersuchung und Begrenzung des Begriffs, uns zu weit führen.

damit der erstrebte Rechtserfolg erreicht werden könne. Tatsächlich kennt das Gesetz auch den „guten Glauben“ in diesem umfassendsten Sinne, wie dies die §§ 937, 990, 2024 beweisen. So sagt § 990: „War der Besitzer bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben,...“ Das Recht zum Besitze kann auf den verschiedensten Grundlagen beruhen; der gute Glaube beim Besitzerwerb wird also durch die Kenntnis vom Mangel eines Umstandes ausgeschlossen, der nötig ist, damit das betr. Rechtsverhältnis entstehen könne. In der Tat bestätigt das Gesetz selbst diese Auffassung im nämlichen Paragraphen. In Satz 2 umschreibt es die mala fides superveniens folgendermassen: „Erfährt der Besitzer später, dass er zum Besitz nicht berechtigt ist, . . .“

Ebenso umfasst der böse Glaube in § 937 die Kenntnis jedes Mangels beim Eigentumserwerb, § 2024 beim Erbewerden.

Von diesem Gesichtspunkte aus können wir in einem solchen Falle den Begriff des guten Glaubens dann auch anwenden, wo das BGB. ihn nicht gebraucht. Denn die Worte: „guter Glaube“ finden sich im BGB. nur beim Erwerb von Sachenrechten, besonders von beweglichen Sachen, und nur, wo es den Schutz auch für die grobe Fahrlässigkeit ausschliesst.[1]) Es wird aber keinem Bedenken unterliegen, den Ausdruck in dem angedeuteten weiteren Sinn zu gebrauchen, da tatsächlich das innere Wesen immer das gleiche ist, mag das Gesetz nun von „guter Glaube“, „Nichtkennen“ oder „Kennen und Kennenmüssen“ reden. Es ist dies umsomehr angebracht, als das Gesetz selbst eine Zusammenfassung eintreten lässt in der Formel: „Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten“; in all diesen ist der gute

[1]) Eck, § 41.

Glaube, auch wo er nicht ausdrücklich genannt ist, das Massgebende.[1])

Zur rechtlichen Bedeutung gelangt dies natürlich nur, wo diese Meinung von der Mangellosigkeit des Geschäfts aus irgend einem Grunde irrtümlich ist.

Eine andere Frage ist die, ob dieser gute Glaube geschützt wird, d. h. ob ihm das Gesetz die Kraft verleiht, trotz des Mangels den gewollten Rechtseffekt hervorzubringen.[2])

Hier taucht dann die Frage auf, ob die Stellungnahme des BGB. und des HGB. die gleiche ist. Sie wird uns in ihrer Anwendung auf den Erwerb des Pfandrechtes i. e. S. im folgenden beschäftigen.

III.

Wir haben durch unsere Aufgabe eine Begrenzung des Begriffs hinsichtlich seines Anwendungsgebiets gewonnen. Wir werden ihn aber, noch ehe wir auf eine Untersuchung der Einzelfälle eingehen, auch hinsichtlich seines Inhalts enger einschränken müssen. Dass die Gutgläubigkeit im weitesten Sinne nicht geschützt werden kann, liegt auf der Hand.

Dies gilt in erster Linie für die Essentialien des betreffenden Rechtsgebildes. Kein guter Glaube vermag einem Rechtsverhältnis zur Entstehung zu verhelfen, dem eines der wesentlichen Bestandteile fehlt, die es erst zu dem machen, was es sein soll. § 1204 gibt die Definition des Pfandrechts an beweglichen Sachen. Dasselbe gilt mutatis mutandis für das Pfandrecht an eingetragenen Schiffen und an Rechten. Die

[1]) Wenn Eck (S. 196) Hachenburgs Annahme eines einheitlichen Grundgedankens als irreführend bezeichnet, so geschieht dies wohl nur, um vor Überspannungen des Prinzips zu warnen, wie wir ihnen im folgenden begegnen werden. (So auch Leonhards Anm. S. 196.)

[2]) Näheres über die Frage des derivativen oder originären Erwerbs s. § 2, I d. Abh.

Definition hat auch Geltung für das gesetzliche und das Pfändungspfandrecht. Eine bewegliche Sache bezw. ein Schiff bezw. ein Recht muss immer vorhanden sein. Weiter eine Forderung, die gesichert werden soll,[1]) sei es auch nur eine künftige oder eine bedingte. Denn das Fahrnispfandrecht ist streng akzessorisch; ohne Forderung wäre es ein Unding. Schliesslich die Möglichkeit, „Befriedigung aus der Sache zu suchen“. Diese muss daher „Vermögenswert besitzen und sich zum Verkauf eignen“.[2]) Bei den gesetzlichen Pfandrechten muss sie im allgemeinen[3]) auch pfändungsfähig sein. Nicht so beim Vertragspfandrecht, dessen Begründung die Unpfändbarkeit überhaupt nicht entgegensteht[4]), und auch nicht beim Pfändungspfandrecht; das Pfandrecht entsteht an einer der in § 811 CPO. genannten Sachen, auch wenn der Gerichtsvollzieher bösgläubig war.[4])

Ein Rechtsirrtum schliesst jedenfalls nicht unter allen Umständen den schutzwürdigen guten Glauben aus.[5])

Die zweite Klippe, an der kein guter Glaube vorüberhilft, sind die äusseren Erfordernisse für das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts. An der Gesetzesunkunde der Partei würden fast alle Vorschriften dieser Art zunichte werden; auf die Rechtsunkenntnis wäre geradezu eine Prämie gesetzt (doch s. o.). Hier kommen für uns vor allem in Betracht die Erfordernisse der Besitzübertragung beim vertragsmässigen Fahrnispfand, der Eintragung beim Schiffspfand und Pfändungsvorschriften.

---

[1]) und eine solche, die durch Pfandrecht gesichert werden kann; vgl. Planck, § 1204, N. 2 b α, Biermann 1204, No. 3, u. a.

[2]) Hachenburg, S. 132 f.; auch Planck, § 932, N. 1 a, Siber, S. 16.

[3]) §§ 559, S. 3; 581 II. (s. aber § 585, S. 2), 704, S. 2 BGB.

[4]) OLG. Köln, Rspr. I, S. 432.

[5]) Planck 932 N. 2; Hellmann, Vortr. S. 149; Staub, HGB., II, § 366, A. 23; Dernburg, B. R. III, S. 274; Wendt, S. 57.

Dazu tritt besonders auch die Willenseinigung der Parteien. „Ein putativer Titel ist ungenügend.“ „Einen Mangel im Konsense selbst vermag er“ (der gute Glaube) „nicht zu heilen.“[1])

Übrig bleibt somit die Rechtsmacht des Verpfänders, dem beim gesetzlichen und beim Pfändungspfandrecht der „Schuldner“ entspricht. Aber auch hier haben wir noch eine Grenze zu ziehen. Sie kommt allerdings bei den beiden letztgenannten Instituten nicht in Betracht. Gegen einen Mangel, der in der Persönlichkeit des Verpfänders, in seiner Fähigkeit (nicht in seiner Befugnis) seinen Grund hat, schützt der gute Glaube nie. Minderjährigkeit, Geistesgestörtheit, Entmündigung des Verpfänders werden der Entstehung des Pfandrechtes immer im Wege sein.[2])

So bleibt uns nur die Beziehung der Person zur Sache, der Mangel im Recht über die Sache. Wieweit er vom guten Glauben ausgeglichen wird, soll unsere Untersuchung zeigen.

IV.

Wie in den vorstehenden Erörterungen schon im Vorübergehen erwähnt wurde, entsteht das Pfandrecht auf dreierlei Weise:

durch Vertrag,
kraft Gesetzes, und
durch behördlichen Zwangsakt.

Der Inhalt des geschützten guten Glaubens kann dabei ein verschiedener sein. Nicht so allerdings bei den beiden letztgenannten. Im Normalfall haftet mir nur das Vermögen desjenigen, der mir schuldet, und nur gegen seine Person richtet sich mein Sicherungs-

[1]) Hachenburg a. a. O.
[2]) Mot. III, S. 344; Hachenburg S. 133: Der g. Gl. heilt die Unwirksamkeit, nicht die Ungültigkeit.

begehren. So wenden sich Gesetz und Behörde nur an das Vermögen des Schuldners; es handelt sich allein darum, ob die Sache sein Eigentum ist. Anders, wo der Parteiwille eingreift. Hier kann leicht eine dritte Person zwischen Schuldner und Gläubiger treten. Es brauchen dazu noch nicht Pfandschuldner und persönlicher Schuldner zweierlei Personen zu sein. Viel häufiger werden Pfandschuldner und Verpfänder verschieden sein. Die einzelnen Fälle werden wir noch zu betrachten haben. Es handelt sich dann nicht mehr darum, ob der Verpfänder Eigentümer ist, nur noch darum, ob er die Befugnis zum Verpfänden hat. Denn diese muss nicht immer und nicht nur aus dem Eigentum fliessen.

Wir haben danach zu unterscheiden:

Erwerb vom Nichteigentümer im Glauben an das Eigentum;

Erwerb vom nicht verfügungsberechtigten Eigentümer im Glauben an die Berechtigung;

Erwerb vom Nichteigentümer im Glauben an die Verfügungsberechtigung.

1. Abschnitt.
Der rechtsgeschäftliche Erwerb.

§ 2.

Erwerb vom Nichteigentümer im Glauben an das Eigentum.

I.

Der Normalfall der Verfügung über eine Sache ist die kraft eigenen Rechts, der Normalfall der Verfügung kraft eigenen Rechts die des Eigentümers. Denn das Eigentum an einer Sache umfasst grundsätzlich ihre volle Beherrschung.

So liegt es natürlich am nächsten, den zu schützen, der auf das Eigentum seines Autors vertraut. Das Eigentum, trotzdem und gerade weil es die Grundlage aller Rechtsbeziehungen ist, ist am schwersten zu beweisen. Es ist die Quelle, aus der die andern Rechte fliessen. Bis zu ihrer Abzweigung kann ich sie meist leicht zurückverfolgen und so ihre Entstehung klarlegen. Auch das Eigentum war freilich nicht von aller Tage Anfang an da. Auch es wurde geschaffen. Aber die Wasser, die die Quelle gebildet, fliessen im ewigen Kreislauf hin und wieder. Wo ist der Anfang? Es wäre oft eine Danaidenarbeit, wollten wir der Grundlage nachforschen, auf der das Eigentum ruht. Deshalb sagt das Gesetz: Der Besitz lässt das Eigentum vermuten.[1]) Wer es bestreitet, soll es beweisen. Und weiter: Wer sich mir gegenüber als Eigentümer ge-

[1]) § 1006 I, 1 BGB. Über die geschichtlichen Grundlagen (Gewere begründet eine Vermutung des in ihr erscheinenden Rechts) s. Gierke, 2. Kap.

riert, der muss mir dafür gelten. Nicht als ob ich jedes Warnungszeichen unbeachtet lassen dürfte. Tue ich das, so bin ich unter Umständen „grobfahrlässig". Warnt mich aber nichts, so muss ich keine Beweise fordern.[1][2]) Und da erlangt mein Vertrauen (allerdings im weitesten Sinn) plötzlich eine seltsame Kraft. Es schafft das Recht, das der Rechtlose nicht zu übertragen vermag. Es entsteht das Eigentum, das dem Veräusserer selber nicht zustand, es entsteht das Pfandrecht, das in keinem Eigentum des Verpfänders seinen Ursprung hatte.

Dabei ist aber wohl zu beachten, dass alle sonstigen Erfordernisse gegeben sein müssen. Eine „nach § 929 erfolgte Veräusserung" muss vorliegen; der Tatbestand des Paragraphen muss vollständig erfüllt sein, nur eine Lücke darf er zeigen: der „Eigentümer" fehlt; an seine Stelle tritt der Nichtberechtigte. Und eben deshalb liegt ein originärer Erwerbsakt vor: alle Massregeln werden getroffen, um das Recht „herzuleiten",[3]) nur der fehlt, von dem es hergeleitet werden soll; an seine Stelle tritt in das Verhältnis ein: der gute Glaube. So wird dieser Rechtserwerb auch von der Mehrzahl der Schriftsteller als originärer aufgefasst.[4][5]) Wenn

Vorbemerkung 3 b.
1) Dür.-Hachenburg §§ 366, 67, der als Eigentümer auftritt, in
2) Böser Glaube desjenigen, schadet ebensowenig wie unbegründe-
unserem Fall des Verpfänders, Auch derjenige, welcher die Sache
ter böser Glaube des Erwerbers. darf das Nichteigentum des Verpfänders
vom Erwerber ersteht, ja wirklicher Pfandgläubiger geworden.
kennen; sein Autor ist Hachenburg (S. 132) darauf hin, dass
3) Sehr richtig weist gemeint sein kann; das Gesetzbuch ist
„herleiten" auch subjektiv Ausdrücke nicht von dieser pein-
in der Verwendung derartiger nicht sein, ohne allzu schwerfällig
lichen Genauigkeit und kann es „Erwerber", was in den §§ 929 ff. offenbar
zu werden. Vgl. dazu der erwerben will. (Dies zeigt sich z. B. in
auch bedeutet: derjenige, ja unter Umständen gar nicht „erwirbt".)
§ 932, wo der „Erwerber" der derivativen Sukzession bei Dernburg,
4) Vgl. Definition
Pand. I, § 81, S. 184. in der 1. Aufl. (II. S. 73) die Ansicht,
5) Lehmann vertrat originären Erwerb begründe. In der
dass die Tradition immer

Wendt[1]) hier derivativen Erwerb annimmt, so fliesst ihm das äussere Ansehen mit dem inneren Vorgang zusammen (so z. T. auch bei Hachenburg, S. 132). Gewiss, — wie es schon ausgesprochen wurde, — alle sonstigen Merkmale, die nach aussen in die Erscheinung treten, sind gegeben (dazu gehört in gewissem Sinn auch die Veräusserungsfähigkeit); deshalb glaubt auch der Erwerber, derivativ zu erwerben; nur die Quelle von der das Recht „deriviert" werden soll, ist dazu nicht imstande. Aber da ist es; so muss es von selbst entstanden sein.

Für die Übereignung sind diese Regeln enthalten in den §§ 932 ff. Sie finden bei der Verpfändung entsprechende Anwendung, wenn die Sache nicht dem Verpfänder gehört.[2]) Auch dann erwirbt der Pfandnehmer das Pfandrecht, wenn ihm dieser Mangel im Recht ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt ist. Voraussetzung ist, dass die Verpfändung sonst den Erfordernissen entsprach.

Die Verpfändung kann zunächst nach §§ 1205 I, 1; 1205 I, 2; 1205 II.; 1206 erfolgen. Ihnen entsprechen bei der Übereignung 929, 1; 929, 2; 931. 1206 hat kein Analogon; ebensowenig kann die Verpfändung entsprechend 930 durch constitutum possessorium geschehen. Es widerspräche dem das Pfandrecht des BGB. beherrschenden Prinzip der Publizität. So ist auch 933 nicht für anwendbar erklärt. Die §§ 932 I,

---

2. Aufl. (II, § 58, N. 3, 4) hat er diesen Standpunkt aufgegeben und betrachtet jetzt den Erwerb vom Nichteigentümer als originär, den vom Eigentümer als derivativ. So auch Scherer (§§ 932—36, N. 232), der sich aber für die Konstruktion der französischen Rechtswissenschaft als einer augenblicklichen Ersitzung ausspricht, was doch eigentlich eine contradictio in adiecto ist.

[1]) Übereinstimmend mit ihm Kober zu § 932, Hellmann, Vortr., S. 51 f.; Hellwig, Rechtskraft, S. 101 f. Gegen Endemann, Einf., II, 1, S. 318 (Erwerb aus dem Besitz abgeleitet) richtig Planck 932—935 N. 4.

[2]) § 1207 BGB.

S. 2 und 934 schreiben für den Eigentumserwerb vom Nichteigentümer gegenüber dem vom Berechtigten Einschränkungen vor, „um den Erwerber als völlig unbefangen erscheinen zu lassen und somit seinen Schutz durch das Gesetz zu rechtfertigen“.[1])

Das Pfandrecht kann also bestellt werden von einem nichtverfügungsberechtigten Nichteigentümer:

1. durch Einigung[2]) darüber, dass das Pfandrecht dem Gläubiger zustehen soll, und Übergabe der Pfandsache an ihn (traditio). Dabei muss der gute Glaube zu der Zeit vorhanden sein, wo Einigsein und Übergabe zusammentreffen. Es ist dies regelmässig[3]) der Zeitpunkt der Übergabe.

2. Wenn der Gläubiger im Besitz[4]) der Sache ist und diesen Besitz von dem Verpfänder erlangt hatte, durch Einigung.[5]) In diesem Zeitpunkt muss der Erwerber gutgläubig sein.

Ein Recht an einem wesentlichen Bestandteil einer Sache kann nicht begründet werden;[6]) wohl aber kann dies an noch ungetrennten Erzeugnissen einer Sache für die Zeit der Trennung bezw. Besitzergreifung, wie mit dem Eigentum, so auch mit dem Pfandrecht geschehen.[7])

Danach ist auch 957 analog anzuwenden. Es handelt sich dabei auch um Erwerb vom vermeintlichen Eigentümer, wenn auch nicht immer der fruchttragen-

---

[1]) Über die Natur der Einigung, s. Kohler, Arch. f. bürg. R. 18, 110 ff., und Bruck.

[2]) Weyl II, S. 44.

[3]) aber nicht immer; so bei aufschiebend bedingter oder befristeter Einigung. Cosack, B. R. II, § 198, IV. 1c., S. 121. Biermann, § 932, N. 2.

[4]) und zwar im mittelbaren oder unmittelbaren. Planck, 1205, N. 1 b. Endemann, S. 314, A. 12: nur unmittelbaren.

[5]) Biermann u. v. a. sprechen hier von brevi manu traditio, was Cosack (B. R. II, S. 127) bekämpft. Vgl. Dernburg B. R. III, S. 742, A. 3.

[6]) § 93 BGB.

[7]) Mot. III, S. 799; Planck, 1205 N. 1c; 956 N. 3.

den Sache, so doch der verpfändeten Früchte mit ihrer Trennung.

Wem also die Früchte einer Sache dadurch verpfändet werden, dass ihm gestattet wird, sich nach der Trennung in ihren Besitz zu setzen, erwirbt das Pfandrecht, auch wenn der Verpfänder zu der Gestattung nicht berechtigt war, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit von diesem Rechtsmangel nichts wusste, sei es nun, dass er die Verpfändungsbefugnis aus Eigentum oder einem dinglichen Recht oder aus einem obligatorischen Verhältnis (Pacht) herleitet. Nur muss es ein Verhältnis sein, das dem Berechtigten das Eigentum an den Früchten gewährt, so dass der Pfandnehmer annimmt, dass der Verpfänder in dem Moment, in dem er selbst das Pfandrecht erlange, Eigentum habe oder erwerbe.[1]) Der Gestattende muss jedoch im kritischen Moment den Besitz haben[2]) (oder dem andern schon vorher den Besitz übertragen haben). So muss dieser gute Glaube vorhanden sein bei der Überlassung des Besitzes der Sache oder bei Ergreifung des Besitzes der Erzeugnisse oder sonstigen Bestandteile. Dem bösen Glauben zu der bezeichneten Zeit steht es gleich, wenn der Pfandnehmer vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt.

3. Wenn die Sache im mittelbaren Besitz (870) des Eigentümers sich befindet, durch Übertragung des

---

[1]) A. M. Hellmann, Eigentumserwerb nach § 957 BGB. (D. Recht 1901, S. 417), der sich in u. E. unzutreffender Weise gegen die herrschende Lehre wendet. (s. das. die mit der vertretenen Ansicht übereinstimmende Literatur). Dazu Harburger, gleichen Titels, a. a. O. S. 484 ff., v. Jacubezky, Zum § 957 BGB.

[2]) Hellmann, a. a. O. S. 421; v. Jacubezky. a. a. O. Gerade aus der Hachenburgschen (S. 143 f.) Auffassung der Aneignungsgestattung als Traditionsofferte folgt dies, wie ja gerade H. es ist, der besonders scharf betont, dass das Vertrauen, das nur dem Verpfänder geschenkt werde und keine andere Basis habe, nie des Schutzes geniesse. A. M. bes. Cosack (s. sein viel zitiertes Beispiel, B. R. II., S. 136) u. a. Harburger a. a. O.

mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger und Anzeige (denuntiatio) der Verpfändung an den Besitzmittler. Da nur der eine Fall der Abtretung des Herausgabeanspruchs hier Anwendung findet, der, in dem der Verpfänder mittelbarer Besitzer der Sache ist,[1]) so kommt auch 934 nicht in vollem Umfang zur Anwendung. Der gute Glaube wird hier verlangt zur Zeit der Übertragung des mittelbaren Besitzes. Mala fides im Zeitpunkt der Denuntiation ist unschädlich. Eine dem andern Falle des 934 entsprechende Verpfändung liegt in der Verpfändung des Herausgabeanspruchs (s. § 12 d. Abh.), die im Falle der Herausgabe zum Pfandrecht an der Sache führt (s. unten).

4. Durch Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet (unmittelbarer Mitbesitz) oder, falls sie im Besitze eines Dritten ist (mittelbarer Mitbesitz), die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann (1206)[2])[3]). Hachenburg[4]) leugnet hier die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs. Es ist allerdings für diese Art der Verpfändung nicht direkt ein Paragraph aus der Übereignung anzuziehen. Doch liegt es so ausserordentlich nahe, 932 bezw. 934 analog anzuwenden, dass wir uns Hachenburgs Ansicht nicht anschliessen können, umsomehr, als uns seine Begründung nicht zuzutreffen scheint. Für den gutgläubigen Erwerb des Eigentums stellt das Gesetz strengere Erfordernisse auf und lässt insbesondere den gutgläubigen Erwerb durch constitutum possessorium nicht zu (933), weil der Rechtsakt, durch den der Eigentümer sein Eigentum

---

[1]) Vgl. Kommissionsprot. bei Haidlen S. 448.

[2]) Beispiele, s. Cosack, B. R. II, S. 299; Neumann, S. 653; R. G. 37. 35 u. a. Vgl. auch Rspr. V, S. 323 (OLG. Stettin).

[3]) Planck, 1207 N. 3.

[4]) S. 168. Dür.-Hachenb. II, S. 466.

verliert, ersichtlich sein soll. Das Prinzip der Erkennbarkeit liegt auch den Beschränkungen des Pfandrechtserwerbs zugrunde. Trägt nun die Einräumung des Mitbesitzes gemäss 1206 diesem Prinzip hinsichtlich des Pfandrechtserwerbs überhaupt genügend Rechnung, so ist nicht ersichtlich, warum die dadurch gewährleistete Erkennbarkeit nicht auch für den gutgläubigen Erwerb genügen sollte. Dafür spricht auch die Stellung des § 1206 vor 1207.[1])

Diese Art der Verpfändung kann auch so geschehen, dass die Herausgabe nur an den Gläubiger erfolgen kann.[2]) Die analoge Anwendung von 934 liegt hier natürlich noch näher.

Schliesslich genügt statt Übergabe oder Einräumung des Mitbesitzes an den Pfandgläubiger auch Übergabe oder Einräumung an einen Dritten, der für ihn besitzen soll. Nach 1205 I wäre allerdings auf das Gegenteil zu schliessen, aber gemäss II. muss es auch hinreichend sein, wenn der Verpfänder als unmittelbarer Besitzer den Pfandgläubiger durch Übergabe an einen Dritten zum mittelbaren Besitzer macht.

Weitere Möglichkeiten der Entstehung eines vertragsmässigen Pfandrechts bieten die §§ 1287 BGB., 424, 450 HGB. und 897, 898 CPO.

Danach kann das Pfandrecht an einer Sache noch zur Entstehung kommen:

1. durch vorschriftsmässige Erfüllung (1281, 82) einer verpfändeten Forderung, wenn Pfandgläubiger und Gläubiger nichts anderes vereinbart haben, was nach 1284 zulässig ist. Es ist dies jedenfalls kein gesetzliches Pfandrecht,[3]) wenn es auch „ohne weiteres

---

[1]) Planck 1207, N. 3; Biermann zu 1207.

[2]) Biermann, 1206, N. 1 b; Endemann, S. 541, 2a, S. 542, A. 7; Bradt, Entstehung und Untergang des vertragsmässigen Pfandrechts u. s. w., S. 21 f.

[3]) A. M. Müller-Meikel, I, S. 655.

mit der Leistung"[1]) entsteht. Es ist aber auch keine neue Pfandbestellung seitens des Eigentümers der Sache. Es liegt vielmehr gewissermassen eine indirekte Bestellung vor. Wie Endemann[2]) ganz richtig betont, beruht das Pfandrecht auf dem an der Forderung bestellten Pfandrecht. Es wandelt sich dadurch, dass im Eigentum des Pfandschuldners der geleistete Gegenstand an die Stelle der Forderung tritt, das Pfandrecht an der Forderung um in ein Pfandrecht am Gegenstand. Aus dieser Erwägung heraus wird die Frage nach dem Schutz des guten Glaubens zu betrachten sein. Dabei ist vor allem auszuscheiden der Fall, wo dem Verpfänder keine Forderung zustand.[3]) Er ist unten[4]) zu betrachten. Eine mala fides des Pfandgläubigers in dieser Hinsicht kann jedenfalls im Zeitpunkt des § 1287 nicht in Betracht kommen. Es handelt sich vielmehr darum, dass der Gegenstand, den der Forderungsschuldner leistet, ihm nicht gehört. Das Eigentums- und Besitzverhältnis, das an der Pfandsache entsteht, entspricht der Lage des § 1206 (1281), bezw. 1205 (1282). Leicht könnten wir verleitet werden, 1207 (934, 932) anwenden zu wollen. Die obige Betrachtung wird uns zurechtleiten. Wir haben es ja gar nicht mit einem Verpfänden zu tun. Als Verpfänder könnte höchstens der ursprüngliche Verpfänder angesehen werden, der durch den Leistenden als Werkzeug die Sache statt der Forderung dem Pfandgläubiger verpfändet. Ob die Sache wirklich an die Stelle der Forderung im Vermögen des Pfandschuldners tritt, darauf kommt es also in erster Linie an, d. h. es kommt im Fall des § 1281 an auf den guten Glauben des Forderungsgläubigers. Ist der vorhanden, so wird die Sache sein Eigentum, und das Pfandrecht des Pfandgläubigers ent-

---

[1]) Biermann, 1287, N. 1. [2]) Einführung, II, 1, S. 574, A. 22.
[3]) Vgl. Hachenburg, S. 173. [4]) § 12 d. Abh., bes. sub III.

steht, mag dieser auch ganz genau wissen, dass die Sache dem Leistenden nicht gehört. Nur so kann das Resultat befriedigen. Denn der Pfandgläubiger kann ja trotz seiner Kenntnis durchaus bona fide sein. Er muss ja gar nichts dazu tun (besonders bei Hinterlegung), braucht also vielleicht gar nicht zu wissen, dass der Forderungsschuldner gerade diesen Gegenstand leistet. Die Sache aber ward durch die Leistung an den gutgläubigen Forderungsgläubiger dessen Eigentum, der Leistende ihm gegenüber befreit, die Forderung vernichtet. Ohne sein Verdienst hätte sonst der Pfandschuldner die Sache lastenfrei erworben, ohne sein Verschulden wäre der Pfandgläubiger seines Pfandrechts verlustig gegangen. Die einzige Zuflucht wäre wieder die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Wie aber, wenn der Forderungsgläubiger schlechtgläubig die Sache nicht erwirbt, der Pfandgläubiger aber guten Glaubens ist? Auch hier wird es wiederum nur auf jenen ankommen. Ist er schlechtgläubig, so geht die Sache nicht in sein Eigentum über, und da das Pfandrecht auf dem Pfandrecht an der Forderung beruht, kann es auf den Gegenstand nur übergehen dadurch, dass dieser im Vermögen des Verpfänders an die Stelle der Forderung tritt. Eine Neuverpfändung, auf die die Regeln vom guten Glauben anwendbar wären, erfolgt ja nicht. Auch hier erlangte sonst der Pfandschuldner trotz seines schlechten Glaubens eine lastenfreie Forderung. Nach unserer Entscheidung bleibt das Pfandrecht an der Forderung, die ja nicht untergeht, bestehen; der fremde Gegenstand wird trotz des guten Glaubens nicht belastet.

Im Fall des § 1282 jedoch ist anders zu entscheiden. Hier wird an den Pfandgläubiger geleistet; dem Forderungsgläubiger, der dabei abseits steht, kann sein schlechter Glaube nicht schaden. Vielmehr tritt

hier der Pfandgläubiger als eine Art gesetzlicher Vertreter[1]) für den Gläubiger auf; sein böser Glaube schadet also gemäss § 166 I (nicht II!). Ist er bösgläubig, so erwirbt der Gläubiger kein Eigentum, mithin er selbst auch kein Pfandrecht.[2])

Anders liegt es, wenn die eingezogene Forderung eine Geldforderung ist. Erfolgt die Einziehung nach § 1282, so geht das Geld allerdings sofort in das Eigentum des Pfandgläubigers über, dessen Pfandrecht erlischt; erfolgt sie aber nach § 1281, so hat der Betrag mündelsicher angelegt zu werden; dem Pfandgläubiger wird daran ein Pfandrecht bestellt. (§ 1288.) Dies ist eine neue Verpfändung, und hier finden dann natürlich auch die gewöhnlichen Vorschriften Anwendung.

2. Durch Einigung und Übergabe eines indossierten Warenpapiers[3]) (indossabler[4]) Lagerschein 424, Ladeschein 450, Konossement 647 HGB.) an den Indossatar, bezw. bei Blankoindossament den Empfänger. Die Übergabe des Papiers hat hier „für den Erwerb von Rechten an dem Gut dieselben Wirkungen wie die Übergabe des Gutes“, also auch für den Erwerb des Pfandrechts.

Für diese Warenpapiere gilt nach § 365 HGB.: In Betreff der Legitimation des Besitzers, sowie in Betreff der Verpflichtung des Besitzers zur Herausgabe, finden die Vorschriften der Artikel 36, 74 WO. entsprechende Anwendung. Dass nach der WO. der gute Glaube des Wechselbesitzers in einem Umfang geschützt wird, wie dies sonst nirgends geschieht, hat Staub nach-

[1]) Von Kober (1282, N. II, 1 b α; 1287, N. 1c.) wird er direkt als gesetzlicher Vertreter gefasst.

[2]) Ebenso Biermann, 1287, N. 1, und — für den Niessbrauch — Kober, 1075, N. 1a. A.M. ohne nähere Begründung Dür.-H., II, S. 541.

[3]) Soll aber (was i. Zw. nicht die Regel bildet) nur die in der Urkunde verkörperte Forderung verpfändet werden, so finden die Vorschriften über das Pfandrecht an Forderungen Anwendung (§ 12 III. Abh.) Biermann, 1292, N. 5; Dür.-H., Vorb. zu 368, N. III, 2c, ee; N. IX, 6d; Kober, 1292, N. 4d.

[4]) § 363 II. HGB.

gewiesen.[1]) Wir haben darauf unten zurückzukommen.[2]) Staub folgert nun für den Erwerb des Gutes auf Grund der Transportfunktion des Papiers das gleiche.[3]) Gegen ihn wendet sich Düringer-Hachenburg.[4]) Leider fehlt seiner Behauptung, dass der gute Glaube im allgemeinen auch nach a. 74 WO. nur den Mangel im Rechte (also wie von uns zu Beginn abgegrenzt wurde) heile, wenn auch das Resultat befriedigender ist, die hinreichende Begründung. Dagegen müssen wir uns ihm anschliessen, soweit die dinglichen Wirkungen des Papiers in Frage kommen. Das Papier begründet den obligatorischen Anspruch auf die Herausgabe des Gutes; dass dieser durch die Legitimation und den guten Glauben im Sinne des a. 74 WO. erworben wird, müssen wir nach dem Wortlaut des Gesetzes annehmen. Anders aber ist es mit der dinglichen Wirkung. Die Übergabe des Papiers an den Legitimierten hat für den Erwerb von Rechten an dem Gut dieselben Wirkungen wie die Übergabe des Gutes. Die Übergabe des Gutes aber (in Verbindung mit der Einigung) bewirkt kein Pfandrecht, wenn die Verpfändungsfähigkeit u. s. w. fehlt. So vermag auch bei der Übergabe des Papiers der gute Glaube nur den Mangel im Rechte zu heilen, nicht aber andere materielle Mängel. Wir vermeiden so wenigstens das Resultat, dass die Verpfändung seitens eines Wahnsinnigen, dessen Besitzübergabe nichtig ist, ein Pfandrecht zur Entstehung bringt, wenn er statt der Ware das Papier übergibt.[5])

Es ist also hier die Übergabe des Papiers der für den guten Glauben massgebende Zeitpunkt.

3. Durch rechtskräftige Verurteilung zur Bestellung des Pfandrechts an einer beweglichen Sache

[1]) W. O. a. 74 § 3. [2]) § 12, II. Abh.
[3]) Staub, HGB. § 365, A. 10. [4]) HGB. § 365 N. II, 3.
[5]) Dür.-H., a. a. O. Vgl. auch für das a. HGB., Goldschmidt, S. 20.

(dann gilt nach 894 CPO. die Erklärung als abgegeben, d. h. die Einigung als erfolgt), und Wegnahme der Sache seitens des Gerichtsvollziehers zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger (dann gilt nach 897 CPO. die Übergabe als vollzogen).[1]) Es wirkt hier allerdings ein behördlicher Akt zur Entstehung des Pfandrechts mit, aber nur als Surrogat für die Bestellung seitens des Schuldners, die auf diese Weise leicht zu ersetzen ist, während sie sonst evtl. erzwungen werden müsste. Es liegt also im Wesen doch ein Vertragspfandrecht vor.[2]) Auf diesen Erwerb finden nun nach 898 CPO. „die Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, Anwendung“, in unserem Falle also § 1207. Auch wenn die Sache nicht dem Schuldner gehörte, entsteht für den Gläubiger mit der Wegnahme ein Pfandrecht, wenn er — (Nicht nur für den Gerichtsvollzieher ist dies erfordert. Dieser ist allerdings Vertreter [754 CPO.], seine Vertretungsmacht beruht aber auf einem Rechtsgeschäft, dem Auftrag des Gläubigers [753], den er nach bestimmten Weisungen[3]) des Auftraggebers zu erfüllen hat; so kommt 166 II BGB. zur Anwendung.)[4]) — im guten Glauben war[5]), und zwar im Zeitpunkt der Wegnahme, da damit die Übergabe „als erfolgt“ gilt, im Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils aber, wenn diese später eintritt.

---

[1]) Vgl. BGB. Entw. I. § 875 und II. § 845.

[2]) Gaupp-Stein, § 894 N. II, Abs. 3, u. die das. angef. Literatur.

[3]) R.G. 16, 396 ff.; 39, 162; 43, 180 (über die Vertreterstellung des Gerichtsvollziehers).

[4]) Gaupp-Stein, zu 898, Abs. 3.

[5]) Planck. 166 N. 2; Hellmann, Vortr. S. 111; Jaeger, KO. § 30, A. 20; Wilmowski, § 30, N. 12, S. 147 (das. Literatur). A. M. anscheinend Biermann, 932 N. 4 (der aus 166 II — oder dessen entsprechender Anwendung — ein Kennen seitens des Gerichtsvollziehers für unerheblich erklärt), Petersen-Anger (die 166 I anwenden); Seuffert, Konk. P. R. S. 211; Kohler, Lehrbuch, S. 251; ders., Leitfaden, S. 155, A. 2; ders., Prozess als Rechtsverhältnis S. 10; Rspr. IV, S. 178 (OLG. Köln), (die die Vertreterstellung leugnen).

Diese Verpfändungsformen kommen für die im folgenden zu behandelnden Fälle (§§ 3 und 4 d. Abh.) natürlich auch in Betracht.

II.

Analog wie bei der Übereignung kommt es aber auch bei der Verpfändung nicht zur Entstehung des Rechts, trotzdem alle Erfordernisse beobachtet sind, und trotzdem der Pfandnehmer guten Glaubens war, wenn die zu verpfändende Sache dem Eigentümer „gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war“.[1]) Das Gleiche gilt, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war. Der Makel des „Abhandengekommenseins“ haftet der Sache so lange an, bis sie wieder in den Besitz des Eigentümers oder Besitzmittlers gekommen ist; so lange kann kein Pfandrecht daran erworben werden.[2])

Von dieser Ausnahme findet wieder eine Ausnahme statt gemäss 935 II. für Geld oder Inhaberpapiere. (Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräussert werden, kommen hier nicht in Betracht.)

Der Standpunkt, den das Gesetz in dieser Frage einnimmt, ist, wie aus den in § 1 d. Abh. zitierten Stellen zu ersehen ist, nicht neu; er ist nur durch moderne Ideen und Bedürfnisse modifiziert.[3])

Die Ausnahme und Rückkehr zur Regel findet in allen Fällen statt, wo die §§ 932 ff. zu direkter oder entsprechender Anwendung gelangen, worauf schon jetzt hingewiesen sei.

---

[1]) §§ 1207, 935 BGB. Über die Bedeutung von „Abhandenkommen“, s. Planck, 935, N. 2; Biermann, N. 2 u. 3 u. a. Vgl. auch Brettner, Streifzüge durch das BGB. I.

[2]) Wenn der Eigentümer selbst die Sache dem Pfandgläubiger weggenommen und zum zweitenmal verpfändet hat, so ist der Vorrang des neuen Pfandrechts auch ausgeschlossen. Bernhöft, S. 502.

[3]) Näheres über die Erwägungen bei der Entstehung des BGB.,

III.

In allen Fällen der Fahrnisverpfändung ist die „Basis“ des guten Glaubens der Besitz. Ein ganz anderes Prinzip beherrscht die Immobiliarverpfändung. Hier muss sich der gute Glaube auf etwas anderes, klarer noch in die äussere Erscheinung tretendes stützen können, auf den Eintrag ins Grundbuch. Auch das Grundbuch kann trügen; aber es bietet doch in gewissem Grade Gewähr, es wohnt ihm die Autorität der Behörde inne. Darum sind die Konsequenzen hier viel weitergehende; wer sich im Rechtsverkehr auf das Grundbuch beruft, der ist guten Glaubens, wenn nicht das Grundbuch selbst durch einen Widerspruch die Autorität seines Inhalts erschüttert, oder wenn er positiv die Unrichtigkeit kennt.

Die Autorität der Behörde zeichnet aber nicht nur das Grundbuch aus.[1]) So kommt es, dass auch im Mobiliarverkehr sich dieser erhöhte Schutz findet. Er geht aus vom Erbschein (2366) und von der gerichtlichen Todeserklärung (2370), die als Basis des guten Glaubens neben den Besitz treten,[2]) und greift in den Fällen Platz, wo der Erwerber Grund hat zu glauben, dass das Eigentum seines Autors auf Erbschaft beruhe.

1. Der Erwerb eines Pfandrechts vom Nichteigentümer wird also geschützt auch bei der gröbsten Fahrlässigkeit des Erwerbers, wenn

die Pfandsache zu einer Erbschaft gehört, und

der Verpfänder in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, ohne dass Anordnungen des

---

s. Mot. III, S. 349. Im a. HGB. war die Verallgemeinerung „oder sonst abhandengekommen“ noch nicht gemacht, doch stand die Praxis allgemein auf diesem Standpunkt.

[1]) Wendt, S. 60. [2]) Hachenburg, S. 280; Mot. V, S. 569.

Erbscheins ihn in der Verpfändungsbefugnis beschränken.[1])

Dabei genügt es, dass der Erbschein in dieser Fassung vorhanden ist; er äussert seine Wirkungen, auch wenn er beim Abschluss des Rechtsgeschäfts nicht vorgelegt wird, ja, wenn der Erwerber von seiner Existenz gar nichts weiss.[2])

Nur wer zur Zeit des Pfandrechtserwerbs (siehe die Fälle sub I) die Unrichtigkeit des Erbscheins[3]) selbst kennt, erwirbt nicht, und weiter wird in einem einzigen Fall die Unkenntnis nicht geschützt: wenn der Erwerber weiss, dass das Nachlassgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen irgend einer Unrichtigkeit verlangt hat.

Jede andere Fahrlässigkeit bleibt jedenfalls belanglos, denn 2366 ist l. specialis gegenüber 932 ff. Darum treten die allgemeinen Vorschriften wieder ein, sobald eine der Voraussetzungen nicht mehr gegeben ist; so wirkt das grobfahrlässige Nichtkennen des Eigentums dem Erwerb entgegen, wenn die Sache nicht zur Erbschaft gehört, mag auch der Erwerber sich in seinem Glauben auf den Erbschein stützen, der den Verpfänder als Erben erklärt. Dasselbe gilt, wenn der Erbschein kein Erbschein ist, d. h., wenn er gefälscht oder von einer unzuständigen Behörde ausgestellt ist,[4]) ebenso, wenn die Einziehung erfolgt, oder gar die Kraftloserklärung wirksam geworden ist (2361 II., S. 3). Dagegen ist es gleichgültig, wie der Verpfänder zu seinem Erbschein gekommen ist. Auch ein erschlichener Erbschein genügt, um die Steigerung der gewöhnlichen Regeln über den gutgläubigen Erwerb eintreten zu lassen.[5])

---

[1]) Dazu s. auch § 3, Abh. III, 3 5.

[2]) Planck, 2366 N. III, 1; Strohal, S. 377, A. 5; Mot. V, S. 569 f.

[3]) und zwar desjenigen Inhalts, den er zu seinen Gunsten geltend macht, wenn der Erbschein in mehrfacher Beziehung unrichtig ist. Planck, 2366, N. V, 1a.

[4]) v. Reibnitz, S. 23. [5]) Wendt, S. 59.

Der Schutz, den der Erbschein gewährt, ist also gegenüber dem aus 1207 ein dreifach erweiterter; er tritt ein:

a) wenn das Pfandrecht erworben wird durch traditio brevi manu, auch wenn der Erwerber den Besitz nicht von dem Verpfänder erlangt hatte;

b) auch wenn der Pfandnehmer das Nichteigentum des Verpfänders (in unserem Fall die Unrichtigkeit des Erbscheins) nur infolge gröbster Fahrlässigkeit nicht kannte;

c) auch wenn der Erbschaftsgegenstand seinem Eigentümer abhanden gekommen war. (Siehe besonders den von Strohal, S. 380, A. 13, angeführten Fall.)

Auch hier steht dem Erwerb durch Rechtsgeschäft ein Erwerb nach 894, 897 CPO. gleich.

2. Denselben gesteigerten Schutz geniesst der Glaube an das auf Erbschaft beruhende Eigentum des Verpfänders, wenn er sich stützt auf eine gerichtliche Todeserklärung. Diese bezeugt nicht das Erbegewordensein wie der Erbschein, sondern die Tatsache des Todes des Erblassers zu bestimmter Zeit. Wem von dem, der bei Richtigkeit der Todeserklärung Erbe geworden wäre, ein Erbschaftsgegenstand verpfändet wird, erwirbt daran das Pfandrecht, auch wenn der für tot Erklärte schon vor dem bezeichneten Zeitpunkt gestorben war oder ihn überlebt. Auch hier hindert nur die zur massgebenden Zeit bestehende Kenntnis von der Unrichtigkeit oder aber von der Aufhebung der Todeserklärung infolge Anfechtungsklage den Erwerb.

§ 3.

Erwerb vom nicht verfügungsberechtigten Eigentümer im Glauben an die Berechtigung.

I.

Das Eigentum ist, wie erwähnt wurde, die volle Beherrschung der Sache. Aber natürlich nur grund-

sätzlich. Eine uneingeschränkte und uneinschränkbare Rechtsmacht jedes Eigentümers würde alles Miteinanderleben unmöglich machen. Darum macht das Gesetz[1]) von vornherein die Einschränkung: „soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen". Aber, — und das ist das Charakteristische, — das Eigentum ist keine Summe von Rechten, so dass die einzelnen Glieder bewiesen werden müssten; es ist ein umfassendes Ganzes: das fehlende Recht, die Lücke ist das Anormale.

Die fälschliche Annahme der Verfügungsmacht des Eigentümers ist daher eigentlich der verzeihlichste Irrtum. Der gute Glaube in Hinsicht darauf ist des Schutzes mindestens ebenso bedürftig, als das Vertrauen auf das Eigentum des Besitzers.

Nichtsdestoweniger spricht unser BGB. in dem grundlegenden § 932 davon nicht. Der Grund mag darin zu suchen sein, dass das Prinzip nicht rein durchzuführen ist, und dass ein allgemein gefasster Satz zu viele Ausnahmen erfordert hätte, jedenfalls wenigstens eine scharfe Abgrenzung gegenüber den Fällen, wo der Mangel der Berechtigung zur Verfügung in der Persönlichkeit des Verfügenden[2]) (105, 114) oder in der Natur des Rechtsgeschäfts selbst (134, 138)[3]) seinen Grund hat.

So ergab sich allerdings für das Gesetz keine Einheitlichkeit der Fassung. Die Formel: „Die Vorschriften zu Gunsten ..." gebraucht der Gesetzgeber zunächst für das Gebiet der relativen Veräusserungsverbote, er führt sie dann weiter in einzelnen wichtigen Fällen ein, sei es nun, dass er diese sämtlich oder teilweise als nicht unter § 135 fallend erachtete, sei es, dass er

---

[1]) § 903 BGB.
[2]) Vgl. Rehbein, S. 174.
[3]) Mot. I, S. 214.

Zweifeln in dieser Richtung die praktische Bedeutung nehmen wollte. Jedenfalls aber weist schon § 1404 BGB. darauf hin, dass nach der Auffassung des Gesetzes der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb vom nichtberechtigten Eigentümer überhaupt seine Stelle habe, mag dies nun auf Grund einer umfassenden Interpretation der §§ 135, 136[1]), oder mittels analoger Anwendung der §§ 932 ff. dem allgemeinen Prinzip zufolge geschehen.[2]) Die Motive[3]) sprechen dies klar aus: „Steht der gänzliche Mangel des Rechtes in der Person des Vorgängers dem Rechtserwerbe nicht im Wege, so kann auch ein teilweiser Mangel nicht hinderlich sein.“

II.

In einer Reihe von Fällen also, wo der Eigentümer in seiner freien Verfügung beschränkt ist, hat, wie erwähnt, das Gesetz „die Vorschriften zu Gunsten ....“ für entsprechend anwendbar erklärt.

In unserem Falle ist diese Vorschrift § 1207, und es gilt daher das Folgende:

1. Ist der Verpfänder einer Sache zwar ihr Eigentümer, aber in seiner Verfügung durch ein gesetzliches oder behördliches Veräusserungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, gehemmt, so erwirbt der Pfandnehmer auch diesen Personen gegenüber ein Pfandrecht, wenn er ohne grobe Fahrlässig-

---

[1]) Für eine beschränkte Anwendung des § 135 anscheinend Planck, 135, N. 1; weiter Neumann, 135, N. 4; Gaupp-Stein, 772, N. I.; Jaeger, KO. 2. Aufl., § 13, A. 3 (gegen 1. Aufl. ebd.); Staub, 366, A. 69 ff.; — für eine umfassendere Wendt, a. a. O.; Rehbein, S. 173; Kohler (vgl. Leitf., S. 80), weiter Seuffert, K. Pr. R., S. 178.; Hachenburg, S. 146; Dür.-H., Vorb. zu §§ 366, 67. N. II. 2, b, bb.

[2]) A. Engelmann spricht (B. R., S. 526) von „besonderen Fällen“ (erschöpfend aufgezählt: §§ 135, 136 BGB., 23 ZVG., 142, 161, 2113, 2211 BGB.), wo der g. Gl. auch das mangelnde Verfügungsrecht des Eigentümers ersetze.

[3]) I, S. 213.

keit von dem Veräusserungsverbot nichts wusste (135, 136). Das Veräusserungsverbot umfasst wohl „jede nach der Auslegung des Verbotes darunter fallende Verfügung“[1]), jedenfalls aber eine Verpfändung, da in einer solchen ja immer eine eventuelle Veräusserung steckt.

Wie ein Veräusserungsverbot wirkt die Anordnung der Zwangsversteigerung, die zu Gunsten des Gläubigers als Beschlagnahme gilt. (23 I, S. 1; 20, I ZVG.) Der Kenntnis der Beschlagnahme steht die des Versteigerungsantrags gleich (23 II, S. 1). Auch wenn der Erwerber hinsichtlich der Beschlagnahme bezw. des Versteigerungsantrags selbst in gutem Glauben war, ist, sobald der Versteigerungsvermerk eingetragen ist, der Erwerb eines vollwirksamen Pfandrechts an den mithaftenden beweglichen Sachen ausgeschlossen. Die Beschlagnahme gilt dann „als bekannt“. (23 II, S. 2.)[2]) (Einschränkung § 24.)

2. § 161 BGB. erklärt die über einen Gegenstand, über den unter aufschiebender oder auflösender Bedingung verfügt worden ist, von dem Verfügenden bezw. demjenigen, dessen Recht mit dem Eintritt der Bedingung endigt, während der Schwebezeit getroffenen Verfügungen im Falle des Eintritts der Bedingung für insoweit unwirksam,[3]) als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würden. Auch in diesem Falle und insoweit aber bleibt eine so getroffene Verfügung wirksam, wenn der Erwerber die Gebundenheit des Verfügenden ohne grobe Fahrlässigkeit nicht kannte.

---

[1]) Neumann, 135, A. 3; Hellmann, Vortr., S. 55; vgl. dazu E. I, § 107 und Mot. I, S. 213.

[2]) Jaeckel § 23, No. 3b, 4, 5; Wolff, § 23, N. 5; Fischer-Schäfer § 23, N. 4b.

[3]) Über den Unterschied dieser Unwirksamkeit gegenüber einer relativen im Sinne des § 135, s. Mot. I, S. 260.

Der unserer Frage zunächst liegende Fall ist, dass der Eigentümer einer Sache, der sie unter einer aufschiebenden Bedingung veräussert hat, während des Schwebens ein Pfandrecht an ihr bestellt; der neue Eigentümer muss bei Eintritt der Bedingung das Recht des Pfandgläubigers, der ohne grobe Fahrlässigkeit die bedingt vollzogene Veräusserung nicht kannte, gegen sich gelten lassen.

Dasselbe gilt, wenn für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bei dessen Vornahme ein Anfangs- oder ein Endtermin bestimmt worden ist (163).

3. Ebenso erwirbt infolge seines guten Glaubens ein auch im Falle des Eintritts der Nacherbfolge unbeschränkt wirksames Pfandrecht derjenige, dem vom Vorerben unentgeltlich ein Erbschaftsgegenstand verpfändet wird. Zur Entstehung kommt das Pfandrecht bei sonst wirksamer Verpfändung immer; in unserm Fall ist es auch wirksam, soweit es das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. (Siehe Anm. 3, vor. Seite.) (2113.)

Ob eine Pfandbestellung Schenkung sein kann, darüber sind die Ansichten geteilt.[1]) Je nachdem kann hier auch eine Verpfändung zum Zweck der Erfüllung eines Schenkungsversprechens in Betracht kommen. Weiter käme dann hier in Frage, ob durch die schenk-

[1]) M. E. kann eine Verpfändung Schenkung sein, da sie „aus dem Vermögen" erfolgt (= sie vermindert den Wert des Pfandobjekts) und den Pfandnehmer bereichert (= sie erhöht den Wert seiner Forderung). Vgl. Planck, 516, N. 2; Dernburg, Pand. II, § 106, S. 288 ff.; Windscheid II, § 365, S. 505 ff. Die Möglichkeit einer Verpfändung, die Schenkung ist, wird anerkannt v. Planck (517, N. 2) u. a., bei Sicherung durch den Verpflichteten selbst verneint von Planck, a. a. O.; RG. 9. 103; 6. 85 f.; Enneccerus, S. 626; Cosack, B. R. I, S. 495 (wenn der Schuldner selbst zahlungsunfähig ist), überhaupt von Dernburg, B. R. II, S. 120, A. 11; Örtmann § 516, Z. 1; Biermann, 1204, N. 1. Darüber ausführlich, s. Burckhard. Auch B. (S. 123) erkennt die Möglichkeit an, dass eine Verpfändung schenkweise erfolge, jedenfalls bei Pfandbestellung für die Forderung gegen einen andern (Insolvenz des Schuldners).

weise erfolgte Verpfändung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird; zur vollen Wirksamkeit einer solchen bedürfte es des guten Glaubens nicht. Allerdings wird ein derartiger Fall kaum praktisch werden können. Dass eine Verpfändung überhaupt unentgeltlich erfolgen kann, daran dürfte wohl nicht zu zweifeln sein.[1])

Der gute Glaube ist hier das Nichtwissen von der in dem betreffenden Fall wirkenden Verfügungsbeschränkung, er kann sich also dabei „teils als das Nichtwissen, dass überhaupt eine Nacherbfolge angeordnet ist, betätigen", „teils auch rein als Rechtsirrtum erscheinen, dass dem Vorerben solche Beschränkungen auferlegt sind".[2]) Ist der Pfandnehmer nur im Irrtum darüber, dass eine unentgeltliche Verfügung vorliegt, so ist er wohl nicht geschützt.[3])

Weiter entsteht ein Pfandrecht durch den guten Glauben desjenigen,

4. dem vom Vorerben, welchem nach § 2128, 1052 die Verwaltung entzogen ist, ein Erbschaftsgegenstand verpfändet wird[4]) (2129). Jede Verfügung über Erbschaftsgegenstände ist dem Vorerben hier untersagt.[5]) Vom guten Glauben gilt das gleiche wie zu 3.

5. dem ein Nachlassgegenstand verpfändet wird, welcher der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt (2211).[6]) Den Beginn dieses Gebundenseins

---

[1]) S. Planck (2113, N. 3) (Zitierung von § 1207).

[2]) Wendt, S. 45. [3]) A. M. Wendt, S. 45.

[4]) Hier liegt es sehr nahe, einen Fall des § 136 anzunehmen, so dass die Verfügungen des Vorerben nur dem Nacherben gegenüber unwirksam wären, und es nur zur Ausgleichung dieser Unwirksamkeit des g. Gl. bedürfte. Hachenburg, S. 151 (wie auch zu 3, S. 146,); Dür.-H. II, S. 460.

[5]) Vgl. Planck, 2129, N. 1.

[6]) Als relatives gesetzliches Veräusserungsverbot aufgefasst von Planck (2211, N. 2) (vgl. die das. zitierten Stellen aus den Materialien); Sturm, S. 75 (Unwirksamkeit gegenüber Erben und Testamentsvollstrecker) u. a.

setzt Planck[1]) wohl mit Recht in den Moment des Erbschaftsanfalls, nicht erst in den Zeitpunkt der Annahme des Amtes seitens des Testamentsvollstreckers.

Im Zweifel, d. h. falls der Erblasser durch Testament lediglich einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernannt hat (2197; besonders auch im Fall des 2338, I, S. 2) unterliegt der Verwaltung der gesamte Nachlass (2205); primär entscheiden die letztwilligen Verfügungen und der mutmassliche Wille des Erblassers (2209, 2208 I.).

Auch hier kann sich der gute Glaube auf jedes Moment beziehen, auf dem diese Verfügungsbeschränkung beruht; die Ernennung eines Testamentsvollstreckers überhaupt und dessen Verwaltungsbefugnis hinsichtlich des betreffenden Gegenstands (Zugehörigkeit des Gegenstands zu einem Nachlass, zur Verwaltungssphäre des Testamentsvollstreckers)[2]) (2208, I, 2 und 2217).

In den unter 3, 4 und 5 angeführten Fällen wird der gute Glaube in weitergehendem Masse geschützt, wenn er sich auf einen Erbschein stützen kann, in dem die beschränkenden Anordnungen nicht oder nicht in dieser Weise angegeben sind (2366, 65, 63 I, 64 I), Die näheren Umstände entsprechen denen im Falle des § 2, III, 1 d. Abh.

III.

Wir haben in unserm bürgerlichen Recht noch zwei sehr wichtige Beschränkungen der Verfügungsmacht des Eigentümers: die der Ehefrau durch vermögensrechtliche Wirkungen der Ehe und die des Gemeinschuldners durch die Konkurseröffnung. Beide Male finden wir die Formel nicht.

---

[1]) 2211, N. 1.

[2]) Übereinstimmend Hachenburg, S. 152.

1. Mit der Konkurseröffnung[1]) büsst der Gemeinschuldner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens ein (6, I. KO.)

Es liegt nahe, auch darin ein gesetzliches Veräusserungsverbot im Sinne des § 135 I BGB. zu sehen. Fügt doch § 7, I, Halbs. 1 hinzu: „den Konkursgläubigern gegenüber“ unwirksam. Viele Schriftsteller sind dieser Ansicht.[2]) Aber auch für den, der sie nicht teilt, wäre aus dem obenentwickelten Prinzip hier der gutgläubige Erwerb zu schützen. Das Gesetz kommt uns auf halbem Weg entgegen, — um uns den übrigen Weg abzuschneiden. „Die Vorschriften der §§ 892, 893 BGB. bleiben unberührt“ (7 I, Halbs. 2 KO.). Wenn dies kein arg. e contr. ist, so dürfte schwer eines zu finden sein. In einer Frage von solcher Bedeutung seine Absicht im Dunkeln zu lassen, wo ein paar Worte sie hell beleuchtet hätten, wäre geradezu eine Frivolität des Gesetzgebers gewesen. Warum überhaupt fehlte sonst die traditionelle Formel?

Gegenüber den Vorschriften, die den gutgläubigen Fahrniserwerber schützen, greift die Unwirksamkeit der gemeinschuldnerischen Rechtshandlungen also durch.

Diese von uns im Anschluss an die herrschende Lehre[3]) vertretene Ansicht entbehrt aber auch nicht der inneren Begründung. Die verschiedene Behandlung der Konkurseröffnung und des allgemeinen gericht-

[1]) Bei ungewissem Zeitpunkt der Vornahme einer Rechtshandlung, s. § 7, III, KO.

[2]) So Wendt, S. 43; Bradt, S. 41, A. 1; Rehbein, S. 174; Weyl I, S. 253f.; Kohler, Leitf., S. 73 (vgl. auch S. 176, N. 3); Hachenburg, S. 152; Dür.-H., II, S. 461; a. M. Neumann, 135, N. 4 f.; Oetker, Zschr. f. CPr. 25, S. 32 u. a.

[3]) Jaeger, § 7, N. 31; Hachenburg, S. 152; Dür-Hachenb.; II, S. 461; Planck, §§ 932—35, N. 2aα.; Seuffert, KPR., S. 173; Kober, 932, N. I, 2 b.; Rehbein, S. 175.

lichen Veräusserungsverbots an den Schuldner (106 I, S. 2 KO.) ist nicht willkürlich. In diesem haben wir ein gewöhnliches Veräusserungsverbot, in jener einen Akt mit Publizität (111 KO.), von dem nicht zu wissen, viel weniger verzeihlich ist. Dieser Unterschied hat Bedeutung im Verkehr mit beweglichen Sachen. Ganz anders im Immobiliarverkehr. Es liegt hier dem Konkursgericht ob, dem guten Glauben sofort die Basis zu entziehen, indem es den Konkursvermerk ins Grundbuch eintragen lässt (113 II. KO.). Kann der Erwerber sich darauf berufen, dass dieser Eintrag fehlt, so ist er geschützt; die Nachlässigkeit oder Saumseligkeit der Behörde darf ihm nicht schaden. Für die beweglichen Sachen müssen wir somit daran festhalten: Die Verpfändung durch den Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens erzeugt auch bei nichtgrobfahrlässigem Nichtwissen des Erwerbers von der Eröffnung kein den Konkursgläubigern gegenüber wirksames Pfandrecht.

Wendt steht in dem später noch eingehender zu besprechenden Aufsatz[1]) nicht auf diesem Standpunkt. Er will hier die „Vorschriften zu Gunsten ...“ in ihrem ganzen Umfang angewendet wissen. Seinen Ausführungen ist Punkt für Punkt zu widersprechen. Die Anziehung der §§ 892, 893 bedeutet nach unserer Ansicht keine „Erweiterung des Schutzes des guten Glaubens“; denn auch wenn die „Vorschriften zu Gunsten ...“ entsprechende Anwendung finden, sind darunter bei Grundstücken die §§ 892 f. verstanden, das Verbot muss also aus dem Grundbuch ersichtlich gewesen sein; auch die grobe Fahrlässigkeit geniesst dann immer den Schutz. Eine Bestätigung dafür aber, dass, auch was bewegliche Sachen angeht, die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners gegenüber dem gut-

[1]) S. 43.

gläubigen Erwerber wirksam sind, kann u. E. in dem Zusatz nicht gefunden werden. Im Gegenteil. Was sonst gegen Wendt spricht, ist schon oben dargelegt. Einen weiteren Versuch der Begründung macht er nicht. An seine Seite tritt Kohler,[1]) der hier an der Sache gemäss § 1208 das „Beschlagsrecht" zurücktreten lässt. Ohne auf die inneren Gründe, die für die gegnerische Meinung sprechen, einzugehen, verurteilt er sie als „Paragraphenjurisprudenz".

Hier ist zugleich noch darauf zu verweisen, — was eigentlich unten seine Stelle hätte, — dass auch die Vertreter des Gemeinschuldners, seien es gewillkürte oder gesetzliche, mit der Eröffnung des Verfahrens das Verfügungsrecht über die Masse, das für sie nur aus dem des Gemeinschuldners resultiert, und das jetzt allein dem Konkursverwalter zusteht (6 II. KO.), einbüssen, und dass auch nicht durch sie ein gutgläubiger Dritter ein den Konkursgläubigern gegenüber wirksames Pfandrecht an beweglichen Massegegenständen erwerben kann.[2])

Was hier vom Gemeinschuldner und seinen Verfügungen gesagt ist, gilt analog für den Erben, wenn die Nachlassverwaltung angeordnet ist.[3]) (1984 I, S. 1 u. 2 mit 6, 7 KO.)

2. a) Nach § 1395 bedarf die Ehefrau beim gesetzlichen Gütersystem (ebenso bei der Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft)[4]) zur Verfügung über eingebrachtes Gut der Einwilligung des Mannes. Wendt[5]) hält auch hier einen Fall des § 135 für gegeben. Den Konsequenzen aus dieser Auffassung ebenso wie der

---

[1]) Leitfaden, S. 74, N. 1; auch S. 87. [2]) Jaeger, § 7, A. 5.
[3]) Planck, 1984, N. 2 a. [4]) 1525 II, 1550, II.
[5]) S. 47. Ebenso Rehbein, S. 173; Kohler, Leitf., S. 80. A. M. Schröder, S. 31, A. 5; Planck, Vorb. zu „2. Verwaltung und Nutzniessung," N. 7. Die Mot. (IV, 225) haben es ausdrücklich abgelehnt.

Durchführung des Prinzips für diesen Fall hat der Gesetzgeber einen Riegel vorzuschieben gesucht durch § 1404. Dieser besagt: „Die Beschränkungen, denen die Frau nach den §§ 1395 bis 1403 unterliegt, muss ein Dritter auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nicht gewusst hat, dass die Frau eine Ehefrau ist." Die Motive[1]) sprechen dabei aus, dass „für eine praktisch so wichtige Frage, wie die vorliegende", nicht die Rechtskonsequenz, sondern nur das Bedürfnis des praktischen Lebens entscheidend sein könne". Dazu muss übrigens gesagt werden, dass die ganze Konstruktion des Verhältnisses konsequent nicht mehr genannt werden kann, nachdem die Beschränkung der Frau ausdrücklich als eine Verfügungsbeschränkung, nicht als ein Mangel in der Geschäftsfähigkeit, bezeichnet wird, trotzdem aber in der Gestaltung sich eng an die Stellung des Minderjährigen anschliesst. Von diesem letzteren Gesichtspunkt aus bedeutet der § 1404 auch gar nicht einmal eine Inkonsequenz. Dies verkennen schliesslich auch die Motive[2]) nicht.

Die Vorschrift bedeutet also in unserem Fall: Verpfändet eine Ehefrau eine zu ihrem eingebrachten Gut gehörige bewegliche Sache, so erlangt der Kontrahent kein Pfandrecht, auch wenn er glaubte, es mit einer Unverehelichten, also einer verfügungsberechtigten Eigentümerin, zu tun zu haben. Es ist wohl anzunehmen, dass § 1404 hier nur den einen Fall als den wichtigsten herausgegriffen hat, wie der analoge Fall bei dem Mustertatbestand der Minderjährigkeit überhaupt der einzig mögliche ist; aus dem Zweck des ganzen (Schutz des Mannes) geht klar hervor, dass ein Nichtkennen der Verfügungsbeschränkung, das auf dem Irrtum über andere Momente beruht, ebensowenig schützt. Es er-

[1]) IV, 237 (hier eingehende Begründung). [2]) IV, 238.

wirbt also auch kein Pfandrecht, wer glaubt, dass Gütertrennung oder ein Fall des § 1401 vorliege, oder dass der Gegenstand zum Vorbehaltsgut der Frau gehöre, oder wer sich in entschuldbarer Unkenntnis der Verfügungsbeschränkung befindet, welche das gesetzliche Gütersystem für die Frau im Gefolge hat.[1])

Die selbe Beschränkung greift hinsichtlich des eingebrachten Guts, wie oben erwähnt, auch bei Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft Platz. Ist eines dieser Gütersysteme an Stelle des gesetzlichen getreten, so kann sich — trotz § 1435 — der Dritte auf seine Unkenntnis und eine Nichteintragung ins Güterrechtsregister nicht berufen, da er dann Bestehen der Verwaltung und Nutzniessung annehmen musste, bei der die Frau gleicher Beschränkung unterworfen ist.[2])

Dagegen verliert 1404 seine Wirksamkeit, sobald einmal das gesetzliche Gütersystem im Güterrechtsregister ausgeschlossen worden ist.[3]) Dann hat nach 1436 der Dritte Gütertrennung, also freie Verfügungsgewalt der Frau, anzunehmen, und er hat die Beschränkung der Frau, mag sie aus dem wiedereingeführten gesetzlichen Gütersystem oder der vereinbarten Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft resultieren, nur gegen sich gelten zu lassen, wenn ihn ein Eintrag im Güterrechtsregister darauf hinweist, oder ihm die Änderung bekannt war. Grobfahrlässiges Nichtkennen schadet ihm nicht.[4]) (1435 II, 1431 II.)

b) Hier ist wohl auch am zweckmässigsten die Wirksamkeit des guten Glaubens bei unbefugten Verpfändungen von **Gesamtgut** seitens eines Ehegatten bei einem der **Gütergemeinschaftssysteme** anzugliedern.

---

[1]) Hachenburg, S. 155. [2]) Vgl. Planck, 1525, N. 2a.
[3]) Die dem gleichstehenden Fälle, s. Planck 1435, N. 2a.
[4]) Über die weitere Bedeutung des Güterrechts für den Schutz des g. Gl., s. u.

Nicht als ob hier ohne weiteres von „Erwerb vom vermeintlich verfügungsberechtigten Eigentümer“ gesprochen werden könnte. Aber die hierher gehörigen Fälle sind zu mannigfaltig, die Inhalte des guten Glaubens zu sehr differenziert, so dass sich ein und derselbe Fall danach verschieden charakterisiert. Die Tatbestände so auseinander zu reissen dürfte nicht ratsam sein.

Im grossen und ganzen gehören sie auch den beiden bis jetzt behandelten grossen Kategorien an. Denn dies gilt vor allem in vollem Umfang von den unbefugten Verfügungen der Frau, die ja in unserem Fall die allein wichtigen sind. Es ist einerlei, ob man Verfügungen, die sie unberechtigterweise über Gesamtgut trifft, als solche eines durch das Gesamthandverhältnis beschränkten Eigentümers oder eines Nichteigentümers fasst, der über fremdes Gut — das der Gemeinschaft zur gesamten Hand — verfügt: in beiden Fällen wird ja von vornherein der Schutz des guten Glaubens die gleiche Berechtigung haben. Mag der Erwerber glauben, es mit einer Person zu tun zu haben, der der ledige Stand oder ein anderes Gütersystem (Gütertrennung) die freie Verfügung über ihr Vermögen gibt, mag er die Sache einer ungebundenen Gütermasse zugehörig erachten oder rechtsirrtümlich von der aus der Gütergemeinschaft entspringenden Beschränkung nichts wissen: es gilt das gleiche.

Anders bei den unrechtmässigen Verfügungen des Mannes. Die Beschränkungen, denen er nach den §§ 1444—46 unterworfen ist, sind anderer Natur als die der Frau. Diese treffen die Frau als Ehegatten, als Glied der Gemeinschaft. Jene sind Ausnahmen von der Verfügungsmacht, die die bevorzugte Stellung des Mannes ihm verleiht, seine Stellung als Ehemann. (1443 I, 1.) Wo er diese Schranken überschreitet, da

handelt er zunächst weder als Nichteigentümer, der über fremdes Gut verfügt, noch als nicht verfügungsberechtigter Eigentümer, sondern als Organ, das weiter über fremdes Gut verfügt, als ihm gestattet ist.

Dies schliesst nicht aus, dass der Dritte glauben kann, von einem Eigentümer zu erwerben; es wird dies der Fall sein, wenn er den Mann für unverheiratet, in Gütertrennung oder dem gesetzlichen Güterstand lebend (NB. wenn er glaubt, Eigentum des Mannes vor sich zu haben; glaubt er, es mit eingebrachtem Gut der Frau zu tun zu haben, so liegt ein Fall des § 4 der Abh. vor) oder die Sache für sein Vorbehaltsgut (1440) hält. Insoweit liegt dann auch hier ein Fall des § 2 vor.

Kennt der Dritte die bestehende Gütergemeinschaft aber und befindet sich nur im Irrtum über die Grenzen der ehemännlichen Verfügungsgewalt, so erwirbt er vom vermeintlich verfügungsberechtigten Nichteigentümer, und hier hat, wie wir unten (§ 4 der Abhandlung) sehen werden, der Schutz des guten Glaubens seine Statt nicht.

So wäre nach den allgemeinen „Vorschriften zu Gunsten . . ." zu entscheiden. Das eheliche Güterrecht hat aber zwei besondere Bestimmungen über den Schutz des guten Glaubens, die wir schon kennen lernten, und die nach unserm Dafürhalten beide auch bei den Gütergemeinschaften Platz greifen. Es sind die §§ 1435 und 1404.

Der letztere findet Anwendung nur bei den viel wichtigeren Beschränkungen der Frau.

Es ist nicht einzusehen, warum der Mann, der beim gesetzlichen Gütersystem in seinen Rechten am Frauengut geschützt ist, bei der Gütergemeinschaft nicht ebenso in seiner Verwaltung des Gutes geschützt sein sollte, an dem ihm so viel Eigentum zusteht wie der Frau, an dem seine Verfügungsgewalt eine viel

weitergehende ist. Sollte der Gesetzgeber mit der einen Hand nehmen, während er mit der andern gibt?[1])

Eine analoge Anwendung des 1404 ist allerdings, um zu diesem Resultat zu gelangen, notwendig; Mantey[2]) verkennt die Bedeutung des 1435, wenn er ihm bei den Gütergemeinschaften die Stelle zuweist, die 1404 bei der Verwaltung und Nutzniessung hat, d. h. die Funktion, den Ehemann zu schützen. 1435 ist vielmehr eine Vorschrift zum Schutze des gutgläubigen Dritten.[3]) Wenn das Gütersystem nicht eingetragen ist, soll auch die grobfahrlässige Unkenntnis davon dem Dritten nicht schaden. (Andererseits kann Planck sagen, dass die Unkenntnis der eingetragenen Gütergemeinschaft regelmässig grobe Fahrlässigkeit sein wird. So greifen die Bestimmungen ineinander.) Dies gilt besonders, wenn die allgemeine Gütergemeinschaft an die Stelle der Gütertrennung tritt. Tritt sie für die Verwaltung und Nutzniessung[4]) ein, so ist die Einwendung, die dem Dritten entgegengesetzt wird, keine „aus der Ausschliessung oder Änderung der Verwaltung und Nutzniessung“, denn an den in Betracht kommenden Verhältnissen ist ja dadurch zunächst gar nichts geändert. Es findet also auch dann 1404 Anwendung und zwar auch hier analoge, denn der Paragraph ist nun einmal für die Verwaltung und Nutzniessung gegeben und kann nicht direkt angewendet werden, wo Gütergemeinschaft tatsächlich besteht. Zur direkten Anwendung wäre die Fiktion notwendig, dass bei Nichteintragung des Gütersystems dessen Nichteingetretensein zu Gunsten des gutgläubigen Dritten fingiert wird. Dafür gibt uns 1435 keinen Anhalt. Eine naheliegende

---

[1]) Eingehendere Begründung bei Heinsheimer (Das Recht, 1901, S. 609 f.).

[2]) D. Recht 1902, S. 39. [3]) Hellwig, Rechtskraft, S. 432 ff.

[4]) Vgl. Neumann, 1435, N. I, 3.

Analogie aber dürfte einer nicht ausdrücklich vorgeschriebenen Fiktion vorzuziehen sein.

Somit ist abschliessend zu sagen: 1. Verpfändet die Frau den Vorschriften der §§ 1442—43 zuwider Gesamtgut, so erwirbt der Pfandnehmer trotz seines guten Glaubens kein Pfandrecht.[1])

2. Unbefugte Verfügungen des Mannes können für uns nur in Betracht kommen, wenn wir die Möglichkeit einer schenkweise erfolgenden Verpfändung annehmen (s. § 3 II, 3, Abh.) (1446).

In diesem Fall ist der Dritte nach den früher erwähnten Regeln geschützt, wenn er den Mann für den freien Eigentümer der Sache hielt; er erwirbt dagegen gemäss dem oben Gesagten und in § 4 Abh. zu Erörternden kein Pfandrecht, wenn er sich über die Grenzen der Verfügungsbefugnisse des Ehemannes oder das Vorliegen der Voraussetzungen des 1446 im Irrtum befand.[2])

§ 4.

Erwerb vom Nichteigentümer im Glauben an die Verfügungsberechtigung.

I.

Die Konsequenzen des deutschrechtlichen Satzes „Hand wahre Hand" und des Prinzips vom Schutz des guten Glaubens auch für den Erwerb vom vermeintlich berechtigten Nichteigentümer weiterzuführen, wäre logisch an sich nicht ungerechtfertigt. Unser bürgerliches Gesetzbuch gibt uns kein Recht dazu. Es nimmt diesen Standpunkt nicht ohne inneren Grund ein. Wir haben im Verlauf unserer Erörterung gesehen: Es ist der Normalfall, dass der Eigentümer verfügungsberechtigt ist, es ist immerhin auch normal, dass der Besitzer

[1]) Heinsheimer, Mantey, a. a. O. A. M. Planck, 1443, N. 4.

[2]) Ebenso Planck (1443, N. 4) ohne nähere Begründung.

Eigentümer ist[1]): wer sich ohne grobe Fahrlässigkeit darauf verlässt, verdient den Schutz des Gesetzes. Ganz anders, wo jemand behauptet, verfügungsberechtigt zu sein, von dem ich weiss, dass er nicht Eigentümer ist. Es ist immerhin ein Ausnahmefall, wenn die Beherrschung einer Sache jemand zusteht, dem die Sache nicht gehört. Wer sein Recht davon herleiten will, soll nachforschen, ob es sich wirklich so verhält.

So ist es wenigstens im gewöhnlichen Rechtsverkehr, anders im Handelsverkehr. Die Fülle der Geschäfte, die sich für den Kaufmann aus seinem Gewerbe ergeben, kann er gewöhnlich nicht alle in Person vornehmen. Hier ist es nichts Anormales, sondern etwas ganz Alltägliches, dass ein Nichteigentümer über Sachen verfügt, hier verursachte es eine unerträgliche Schwerfälligkeit im Verkehr, müsste jeder vom Kontrahenten den Nachweis seiner Berechtigung verlangen.[2]) Wir werden darauf unten (VI.) zurückkommen.

II.

Dies ist zunächst Wendt zu erwidern, wenn er nach der innern Berechtigung für die verschiedene Behandlung des Erwerbs vom vermeintlich verfügungsberechtigten Nichteigentümer im Handelsrecht und im allgemeinen bürgerlichen Recht fragt. Er tut dies in dem mehrfach zitierten Aufsatz, der nachzuweisen sucht, dass der Schutz des gutgläubigen Rechtserwerbs im BGB. grundsätzlich überall, auch gegenüber dem, der das Nichteigentum seines Autors kennt, aber an seine Verfügungsmacht glaubt, durchgreife.

Warum wir in der analogen Anwendung der §§ 932 ff. u. s. w. ein Stück weit mit Wendt gehen,

---

[1]) „Das Normale ist, dass der Eigentümer auch den Besitz hat." Dernburg, Pand. I, § 211, S. 491.

[2]) Dernburg, B. R. III, S. 292 f. RG. bei Gruchot, 35, S. 1019. Vgl. Goldschmidt, a. a. O.

haben wir in § 3 Abh. dargelegt. Dazu führte eine sehr naheliegende Analogie, die offenbar dem Willen des Gesetzes und den Forderungen der Vernunft entspricht. Es bedurfte dazu nicht der Charakterisierung des § 932 als „Normal- und Musterfall“, der Annahme, als ob das Gesetz blosse Prinzipien, Leitsätze aufstelle, deren Umformung in Rechtssätze es der Praxis und Wissenschaft überliesse, es bedarf dazu auch nicht der Beweisführung, dass der Umfang der „Vorschriften zu Gunsten . . .“ über die ausdrücklich aufgestellten Normen des Gesetzes hinausgehe, die uns weder an sich richtig noch zu dem erstrebten Beweise dienlich erscheinen will. Denn wenn „Vorschriften zu Gunsten . . .“ wirklich die von Wendt behauptete umfassende Bedeutung besässe, so wäre es geradezu unverständlich, dass diese Vorschriften in den §§ 135, 161 u. s. w. „entsprechende“ Anwendung finden sollen. Die Wahl des weiten Begriffs „Nichtberechtigter“ ist schon nach Wendts Ausführungen hinreichend motiviert; dazu treten noch andere, von ihm nicht berücksichtigte Fälle. Ebensowenig kann § 957 nach der von uns gewonnenen Auffassung dieses Paragraphen (s. o.) beweiserheblich sein. Den Fall des § 1244, den dem Verkauf durch den Eigentümer in mancher Beziehung nahestehenden Pfandverkauf, haben wir nach wie vor als Ausnahmefall anzusehen. Die von Wendt weiter angezogenen §§ 177 und 185 beweisen an sich weder pro noch contra. Will man sich aber in irgend einer Hinsicht auf 185 stützen, so kann die Art, wie es Wendt tut, nur gegen ihn selber sprechen. Auch wenn es zutrifft, dass „sämtliche Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens von ‚Verfügungen, die ein Nichtberechtigter[1]) über einen Gegenstand trifft‘,

---

[1]) Es scheint vielmehr, dass das Gesetz unter „Nichtberechtigter“ immer nur denjenigen versteht, der kein Recht an

ausgehen", ist damit umgekehrt gesagt, dass auf sämtliche „Verfügungen, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft", die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens anzuwenden sind?

Denn nur in diesem Fall hätte „gerade an dieser Stelle ein Hinweis auf die entsprechende Anwendung jener Vorschriften" aufgenommen werden können. Dass das Gesetz diesen einfachen Weg, durch den eigentlich fast alle Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens erspart,[1]) und die Kontroverse vermieden worden wäre, nicht gewählt hat, spricht jedenfalls eher gegen als für die Wendtsche Ansicht. Es hätte dies umso näher gelegen, als E. I den Inhalt des § 185 bei der Übereignung enthält. (Hier tritt also der Zusammenhang klar hervor, auf den Wendt zufolge in den Kommentaren und Lehrbüchern nicht hingewiesen wird.) Der Paragraph wurde dann verallgemeinert und vorgestellt; mit dem dem § 932 II. entsprechenden geschah dies nicht!

Aber auch die Funktion des Besitzes als Legitimationsmittel im Mobiliarverkehr[2]) kann Wendt erst dadurch zum Beweis dienen, dass er dieselbe Ausdehnung des Anwendungsgebiets der Sätze vornimmt, wie diejenige ist, deren Berechtigung er beweisen will.[3]) Nicht von geringer Bedeutung sind dann die beiden Gründe, die Hachenburg[4]) gegen Wendt an-

der Sache hat, nicht aber den, dessen Recht gebunden ist, denn unter den Konvaleszenzfällen des Abs. 2 ist wohl der, dass der Verfügende den Gegenstand erwirbt, nicht aber der, dass er zur freien Verfügung berechtigt wird. Doch ist 185 auf Verfügungen Berechtigter, welche mit Wirkung gegen Dritte in dem Verfügungsrecht beschränkt sind, analog anzuwenden (Neumann 185, N. 4 b), so dass Wendt im Resultat recht hat.

[1]) wenigstens m. d. oben — A. 1 vor. Seite — erwähnten Analogie.

[2]) S. dazu Gierke, S. 16 ff.

[3]) §§ 1006, 1058, 1248 sprechen ebenso nur vom Eigentum, wie a. 2279 I mit 2265 e. c.

[4]) S. 136 f.

führt: die Nichtberücksichtigung des guten Glaubens an die Vertretungsmacht im Grundbuchverkehr, und der Schutz des guten Glaubens an die Vollmacht nach den §§ 169—73 (s. III.).

Es ist gewiss ein grosser Gewinn, die Stellungnahme eines Gesetzes in den Einzelfällen auf allgemeine Prinzipien zurückführen zu können, und diese im Notfall massgebend werden zu lassen; dies Bestreben muss aber zurücktreten, wo ihm die klare Auffassung des Gesetzes und das Bedürfnis nach in der Praxis befriedigenden Resultaten widerspricht.

Wir müssen also sagen: Der Glaube an die Verpfändungsbefugnis des Nichteigentümers wird grundsätzlich in unserm bürgerlichen Recht nicht geschützt.[1]) Wir werden dies durch die Einzelfälle zu verfolgen haben.

III.

1. Glaubt also der Erwerber auch ohne grobe Fahrlässigkeit daran, dass der Verpfänder zu seiner Verfügung bevollmächtigt ist, so entsteht dadurch für ihn kein Pfandrecht. Es hilft ihm auch nichts, wenn sich sein guter Glaube auf eine den Schein der Echtheit tragende Vollmachtsurkunde stützt, wenn diese falsch oder verfälscht ist.

Eine Ausnahme[2]) liegt nur vor, wenn vorher eine wirkliche Bevollmächtigung stattgefunden hatte, die Vollmacht aber beendet ist, und zwar gilt folgendes:

---

[1]) Fischer-Henle, 932, N. 9; Biermann, 932, 2, f.; Dernburg, III, § 104, II, 1; Jaeger, KO. § 48, A. 12; Lehmann, II, § 58; Endemann, Lehrbuch II, § 81; Scheiff, S. 540; Dür.-H., Vorb. zu 366—67, N. II. 2a; Matthiass, II, § 19, S. 62; Fuld (Arch. f. civ. Pr. 89, S. 407 f.); Hachenburg, S. 135 f., 157 f.; Planck, 932—35, N. 2c.

[2]) Dieser Schutz des g. Gl. ist aber kein speziell dem Sachenrecht angehörender, also auch keine Abweichung von dem Prinzip des Sachenrechts! (Hachenburg, S. 136).

a) Zuerst kommt in Betracht ein Fall, wo der gute Glaube des Erwerbers nur dann geschützt wird, wenn zugleich der gute Glaube des Verpfänders an seine Vollmacht besteht. Die auf Auftrag, Dienstvertrag, der auf Geschäftsbesorgung gerichtet ist, oder Gesellschaftsvertrag beruhende Vollmacht wirkt, soweit sie nach ihrem in anderer Weise als durch Widerruf bezw. als durch Kündigung der Gesellschaft herbeigeführten Erlöschen zu Gunsten des Bevollmächtigten als fortbestehend gilt (674, 729), auch fort zu Gunsten eines Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts das Erlöschen weder kannte noch kennen musste (169 e contr.). In einem solchen Fall entsteht also ein Pfandrecht, auch wenn die Vollmacht des Verpfänders tatsächlich schon erloschen war. Aber auch der gute Glaube nützt dem Erwerber natürlich nichts mehr, sobald der Bevollmächtigte selbst schlechtgläubig geworden ist.[1]) Levis culpa genügt, den guten Glauben auszuschliessen (122 II.).

b) Ebenso wird das nichtfahrlässige Nichtkennen jeder Vollmacht (166 II.) geschützt („Die Vertretungsmacht bleibt bestehen"):

α) im Fall der Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber einem Dritten, bis diesem Dritten das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird (170 mit 173).

β) im Fall der Kundgabe der erfolgten Bevollmächtigung durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung, bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird (171 II. mit 173).

γ) im Fall des § 172 (Aushändigung einer Vollmachtsurkunde durch den Vollmachtgeber an den Vertreter und Vorlage dieser seitens des

---

[1]) Rehbein, I, S. 272.

Vertreters gegenüber dem Dritten) bis zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde an den Vollmachtgeber oder ihrer Kraftloserklärung (172 II mit 173). Der Dritte muss sich also, wenn er sich auf seinen guten Glauben berufen können will, bei jedem Geschäft, das er abschliesst, überzeugen, ob die Urkunde noch in den Händen des angeblich Bevollmächtigten ist.[1]) Die Kraftloserklärung erfolgt gemäss § 176 und greift nach Eintritt ihrer Wirksamkeit dem Dritten gegenüber auch dann durch, wenn er nichts davon erfahren hatte.

Der gute Glaube bewirkt also noch die Entstehung des Pfandrechts, solange ihm die unwiderrufene Bevollmächtigungserklärung, die öffentliche Bekanntmachung oder die Vollmachtsurkunde als Basis dient.[2]) Der blosse Besitz der Sache genügt nicht, um dem Glauben an die Bevollmächtigung zur Grundlage zu dienen; wenn daher bis jetzt eine durch Erklärung an den zu Bevollmächtigenden erteilte Vollmacht bestanden hat, die ebenso erloschen ist, erwirbt ein Dritter, der auf die Erklärung des Verpfänders, er sei noch bevollmächtigt, und die Tatsache, dass sich die Sache in seinen Händen befindet, baut, kein Pfandrecht. So kann sich insbesondere ein Dritter, wenn die Vertretungsmacht einem Gesellschafter entzogen wurde, ohne dass doch die Gesellschaft aufgelöst wird (715, 712) (auch bei Kündigung seitens des Gesellschafters 712 II.) nicht etwa auf den ihm bekannten Gesellschaftsvertrag (710) berufen, der den Betreffenden bevollmächtigt; die Verfügungen des Gesellschafters sind unter allen Umständen der Gesellschaft gegenüber unwirksam.

---

[1]) Vgl. Prot., S. 305.
[2]) Dür.-H., I, Vorb. z. 5. Abschn., 5b.

Der Schutz nach b. tritt aber auch dann ein, wenn in Wahrheit gar kein internes Vertretungsverhältnis bestand, diese Vertretungsmacht vielmehr nur durch Erklärung dem Dritten gegenüber in die Erscheinung trat.[1])

2. Es kann aber hier auch ein anderer Mangel in Betracht kommen, und doch sind wir von einem „vermeintlich Bevollmächtigten“ zu sprechen genötigt: Die Vollmacht zu Verfügungen für den Vollmachtgeber besteht zu Recht, aber entweder ist sie auf das Gebiet, auf dem der Bevollmächtigte tätig wird, nicht ausgedehnt, oder dieses unterliegt überhaupt der Rechtsmacht auch des Vollmachtgebers nicht. Im ersten Fall haben wir einen Vertreter vor uns, der in dieser Beziehung ohne Vollmacht handelt; die oben erörterten Regeln greifen Platz. Anders im zweiten Fall: Hier verfügt der Bevollmächtigte über eine Sache, die entweder dem Vollmachtgeber gar nicht gehört, oder doch seiner Verfügung entzogen ist. Die Vollmacht aber fliesst aus dem Recht dessen, der sie gibt; mehr Recht, als einer hat, kann er nicht übertragen, heisst es auch hier. Einerlei ist es, ob der Vollmachtgeber dabei bösgläubig ist oder nicht (er kann ja ganz generell die Vollmacht zu Verfügungen über sein Vermögen gegeben haben). Es liegt dann nicht geradezu ein Fall aus § 2 oder 3 Abh. vor, sondern wirklich auch hier ein Fehlen der Berechtigung des Nichteigentümers: der Bevollmächtigte ist nicht berechtigt, gerade über diese Sache zu verfügen. Nichtsdestoweniger hat hier m. E. der Schutz des guten Glaubens seine Stelle; eine analoge Anwendung des § 932 II ist gerechtfertigt. Denn im Wesen macht es keinen Unterschied, ob der Eigentümer selbst oder

[1]) Planck, 167, N. 3; Hellmann, S. 106; Dür.-H., I, Vorb. z. 5. Abschn., 6.

sein Vertreter über die fremde Sache verfügt; dem Mangel im Recht des Verpfänders gegenüber muss der Dritte geschützt sein, mag jener ihm nun selbst gegenüberstehen oder ein Vertreter.[1]) Der Erwerber, der seiner Pflicht gemäss (siehe § 2 Abh. I.) sich über die Vollmacht seines Kontrahenten erkundigte, erhielte höchstwahrscheinlich befriedigende Auskunft.

Wir müssen danach scheiden: Ist die Vollmacht des Vertreters als solche eine beschränkte, so ist er insoweit ein Vertreter ohne Vertretungsmacht; ein diesbezüglicher guter Glaube wird nicht geschützt. Ist die Befugnis des Vertreters aber beschränkt aus dem Rechte des Vollmachtgebers, weil diesem selbst das Recht mangelt, so ist der Dritte geschützt, soweit er dem Vollmachtgeber selbst gegenüber geschützt wäre.

Denselben Unterschied werden wir in den Fällen unter IV. und V. bemerken, und hier ist er von noch grösserer Bedeutung.

IV.

1. Der gleiche Grundsatz, wie der zu III. aufgestellte, gilt für die Vertretungsmacht des Vertreters kraft Gesetzes.[2])

1. Der unberechtigte Glaube, dass der Verpfänder Vorstand einer juristischen Person,[3]) Ehefrau (im Bereich der Schlüsselgewalt), Inhaber der elterlichen Gewalt, Vormund oder Pfleger, und demzufolge vertretungsberechtigt sei, vermag kein Pfandrecht zur Entstehung zu bringen.

---

[1]) Vgl. Mot. III, 832.

[2]) Vgl. bes. die §§ 26 ff., 48 ff., 68, 1357, 1626–30, 1633, 34, 35 II, 38, 41, 43, 47, 66 II, 70, 76–83, 84–86, 93, 94 II, 95–97, 1700—02, 07, 19–21, 36, 57, 65, 68, 71, 73, 80, 93—97, 1804, 12, 14 ff., 21 (vgl. Planck, Vorb. zu 1821–32, N. 1), 52 ff., 82 ff., 96 ff., 1909, 60 II, 75, 84, 85, 88, 2197 ff. BGB; 6 II., 17, 78–81, 117 I, 133, 136 KO.

[3]) s. aber § 68, BGB.

Das gleiche gilt vom Nachlassverwalter,[1][2]) -Pfleger, Testamentsvollstrecker[3]) und Konkursverwalter.[1][2])

In einigen dieser Fälle haben wir obrigkeitliche Bescheinigungen, die dem Erbschein ähneln; es ist zu untersuchen, ob sie vermögen, was der blosse Besitz nicht vermag, d. h. ob sie dem guten Glauben als Basis dienen können. Dies ist für das Zeugnis des Testamentsvollstreckers zu bejahen (2368 I. S. 1); hier finden die Vorschriften über den Erbschein entsprechende Anwendung (2368 III.). Der Pfandnehmer ist also geschützt, wenn er von demjenigen ein Pfandrecht erwirbt, dessen Ernennung zum Testamentsvollstrecker in dem Zeugnis dargetan wird, wenn das Zeugnis nicht eine Beschränkung des Testamentsvollstreckers in der Verwaltung des Nachlasses angibt, der die Verfügung widerstreitet (siehe 2.), und wenn er nicht die Unrichtigkeit des Zeugnisses kennt oder weiss, dass das Nachlassgericht dessen Rückgabe wegen Unrichtigkeit verlangt hat (2366, 65, 61). Hier ist es von grosser Bedeutung, dass das Zeugnis wohl die Ernennung des Betreffenden bezeugt, nicht aber bezeugt, dass er noch Testamentsvollstrecker ist.[4]) Zur Endigung des Amts aber kann es sehr leicht kommen (2225, 2201, 26, 27),[5]) und damit wird das Zeugnis ohne weiteres kraftlos. So kann der Schutz, den der öffentliche Glaube des Zeugnisses gewährt, ein sehr fragwürdiger sein.[6])

---

[1]) Über die rechtliche Stellung des Konkursverwalters, s. Jaeger, KO. § 6, A und B.

[2]) Der Nachlass- und Konkursverwalter haben, ebenso wie der Ehemann beim gesetzlichen Güterstand bez. des eingebrachten Gutes und bei der Gütergemeinschaft bez. des Gesamtgutes, eine Vertretungsmacht kraft Gesetzes ohne die besondere Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Dernburg, B. R. I, S. 473.

[3]) Über den Streit der Theorien, s. Planck, V, Vorb. zum 6. Titel; auch Jaeger, Erbenh. und Nachlassk. S. 40, A. 14.

[4]) Prot. 7797. [5]) S. auch Planck V., Vorb. zu §§ 2225—27.

[6]) Strohal, S. 392, A. 1; Planck, 2368, N. 3d u. e.

Aber auch nur hier ist dies der Fall. Die Bestallung des Vormunds (1791), Gegenvormunds (1792), Pflegers[1]) (1915), Nachlass„pflegers“ (1960 II; vgl. 1962, 1915), -Verwalters (1975, 60, 15) und Konkursverwalters[2]) (81 I KO.) geniesst nicht denselben öffentlichen Glauben. Der Erwerber, der sich darauf verlässt (und das wird er leicht!), ist dadurch nicht geschützt. Dem Schutze gegen Missbrauch dienen §§ 1893 II. (1792, 1915, 1960 II., 1975) BGB.; 81 II., S. 2 KO.

Auch nicht die Bedeutung einer Vollmachtsurkunde haben die genannten Papiere, so dass für den darauf Vertrauenden ein Schutz analog demjenigen, den §§ 172, 173 gewähren, einträte.

Ein solcher Schutz besteht vielmehr einzig analog dem bei Auftrag und Gesellschaft (III., 1a): solange die Vertretungsmacht zu Gunsten des Vertreters selbst fortbesteht, d. h. solange auch der Vertreter gutgläubig ist. (1682 I e. c., 1682 II., 1893 I., 1895, 1915 I., 1960 II., 1975, 2218 I.[3]) mit 674, 169.) Für den Konkurs- (und entsprechend den Nachlass-) Verwalter ist ausdrücklich eine analoge Norm nicht aufgestellt, doch ist wohl das Entsprechende anzunehmen.[4])

2. Dieselben Mängel im Rechte des Vertreters, — dessen Vertretungsmacht tatsächlich besteht —, wie unter III. 2, finden wir auch hier. Auch hier dieselbe Scheidung:

a) Der Vertreter überschreitet die Schranken, die ihm sein Vertretungsverhältnis steckt, sei es, dass ihm gewisse Verfügungen nicht zustehen, sei es, dass er über Gegenstände verfügt, die wohl zu dem Ver-

---

[1]) S. Planck 1915, N. 3 c.

[2]) Jaeger, § 81, A. 2.

[3]) Die Entlassung (2227) steht dabei dem Widerruf gleich. Planck 2218, N. 2 g. Hachenburg, S. 261.

[4]) Hachenburg, S. 267 f. Danach entspricht dem Widerruf die Absetzung des Verwalters nach 84 I, 2 KO.

mögen des Vertretenen, nicht aber zu der Vermögensmasse gehören, die seiner Macht durch die Vertreterstellung unterworfen ist. Soweit ist er Vertreter ohne Vertretungsmacht, und soweit bleibt der gute Glaube, der sich über die Grenzen seiner Befugnisse täuscht, ohne Wirkung. Ein Hauptfall der ersten Art sind die Beschränkungen des Vormunds, hinsichtlich welcher selbst Wendt[1]) unserer Ansicht ist. Er begründet dies mit einem Hinweis aufs römische Recht und auf den Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses. Wir werden sie wohl überhaupt nicht als Veräusserungsverbote aufzufassen haben, da hier keine Ausnahmen von der allumfassenden Befugnis des Eigentümers gemacht sind, wir es vielmehr mit einer von vornherein beschränkten Verfügungsbefugnis zu tun haben. Wir kommen so ohne willkürliche Ausnahme zu dem gewünschten Resultat. Derselbe Fall liegt z. B. vor, wenn der Konkursverwalter Verfügungen trifft, die über seine Befugnisse hinausgehen.[2])

Dasselbe gilt im zweiten Fall, so, wenn der Vater oder Testamentsvollstrecker einen Gegenstand aus dem seiner Verwaltung entzogenen (1638, 2208), der Konkursverwalter aus dem konkursfreien Vermögen verpfändet: der gute Glaube wird nicht geschützt.[3]) Ein solcher Schutz würde hier auch in vielen Fällen der Absicht des Gesetzes widersprechen; gerade der Vertretene soll ja geschützt sein: z. B. im Falle des § 1638 das Kind nach dem Willen des Erblassers oder sonst Verfügenden; nach unserer KO. soll dem Gemeinschuldner möglichst Gelegenheit gegeben werden, sich schon während des Verfahrens wirtschaftlich wieder emporzuarbeiten.

[1]) S. 79.
[2]) S. Jaeger, KO. § 6, A. 37.
[3]) immer vorausgesetzt, dass der Verpfänder nicht als Eigentümer auftritt.

b) Vom gesetzlichen Vertreter kann allerdings nicht gesagt werden, dass er nur die Rechte hat, die dem Vertretenen zustehen. Im Gegenteil; weil der Vertretene dieser Rechte entbehrt, bedarf er ja des Vertreters. Rechtsmängel, die in der Persönlichkeit des Vertretenen liegen (die Beschränkungen des Gemeinschuldners, des Minderjährigen), bedeuten also keinen Rechtsmangel für den Vertreter, wohl aber solche hinsichtlich seines Verhältnisses zur Sache. Dies kommt in Betracht, wenn der gesetzliche Vertreter eine Sache verpfändet, die dem Vertretenen entweder ganz fremd ist, oder die aus einer bestimmten Ursache gebunden ist. So, wenn gegenüber der Wirksamkeit einer schwebenden Bedingung oder eines Veräusserungsverbots verpfändet wird.

Ein solcher Fall liegt wohl auch vor im § 128 KO. Die Beschränkung, der der Konkursverwalter hier unterliegt, entspricht nicht seiner Vertreterstellung, sondern der Eigenschaft des Gemeinschuldners als Vorerbe (wenn auch der Vorerbe selbst nicht in dem Masse gebunden ist). Es ist also wieder eine Beschränkung aus der Rechtsstellung des Vertretenen. (Dagegen bildet § 13 KO. eine Ausnahme. Ein gegen den Gemeinschuldner bestehendes Veräusserungsverbot gemäss §§ 135, 136 BGB. bindet den Konkursverwalter in seinen Verfügungen nicht.)

So haben wir in diesen Fällen wohl wieder 1207, 135 u. s. w. analog anzuwenden, da kein innerer Grund vorliegt, den Erwerber Handlungen des Vertreters gegenüber weniger zu schützen als gegenüber den nämlichen des im eigenen Namen Handelnden.

V.

Daran reihen sich noch einige Fälle, wo eine Person, obgleich nicht Eigentümer, nicht als Vertreter

auftritt, sondern im eigenen Namen über fremdes Vermögen verfügt.

1. Es geschieht dies vor allem kraft eines Rechtes an der Sache, Pfandrecht oder Niessbrauch. Für den Pfandverkauf sind ja die §§ 932 u. s. w. für entsprechend anwendbar erklärt (1244); wir haben es gegenüber Wendt[1]) als eine auf Zweckmässigkeitsgründen und der besonderen Natur des Pfandverkaufs beruhende Ausnahme zu betrachten. Für unsere Frage hat es keine Bedeutung, da eine Weiterverpfändung seitens des Pfandgläubigers unzulässig ist.[2]) Soweit es kraft des Niessbrauchs zu einer Verpfändung kommen kann (besonders Niessbrauch an einem Vermögen, 1085ff.), muss davon das gleiche gelten, wie vom Vertreter: der gute Glaube wird grundsätzlich nicht geschützt.

2. Verfügungen kraft des ehelichen Güterrechts.[3]) Über das eingebrachte Gut der Frau verfügt der Mann, soweit er dazu berechtigt ist, im eigenen Namen.[4]) Grundsätzlich ist die Verpfändung durch den Ehemann, — vorausgesetzt, dass er kraft seiner eheherrlichen Stellung verfügend auftritt, nicht als Eigentümer, — auch dem gutgläubigen

---

[1]) Zum Teil mit Wendt geht auch Hachenburg (S. 136, 45, 57), der den g. Gl. immer schützen will, wenn er sich auf ein eigenes Recht des Veräusserns an der Sache bezieht, und demgemäss auch da, wo der Erwerber glaubt, sein Autor verfüge kraft ehemännlicher oder elterlicher Nutzniessung (s. V, 2).

[2]) Weyl, Erl. Dissert.; Biermann, 1280, N. 2.

[3]) Dem steht gleich das aus der väterlichen Nutzniessung fliessende Verfügungsrecht (1653).

[4]) Cosack, B. R., § 295, IV, 1 d; Lehmann, S. 304; Hellwig, Klagrecht, S. 299; Neumann, 1374, N. I, 2e. Nach Dernburg, I, S. 473, hat er Vertretungsmacht, aber nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Für diejenigen, die den Mann im Namen der Frau handeln lassen (Planck, Vorb. zu „V. und N." N. 3; Th. Engelmann, Komm., 1374, N. 2; 1375, N. 3), ergibt sich übrigens keine andere Stellungnahme, da jedenfalls von einem vermeintlich verfügungsberechtigten Nichteigentümer erworben wird.

Dritten gegenüber sowenig wirksam, als ob er gewöhnlicher Vertreter wäre. Es ist dabei, analog dem bisher Erörterten, einerlei, ob überhaupt keine Ehe besteht, dem Ehemann kraft Gesetzes keine so weitgehende Verfügungsmacht zukommt (mag sich der Dritte im Rechtsirrtum oder im Irrtum über die tatsächlich vorliegenden Verhältnisse befinden), ob ein anderes Gütersystem vorliegt, oder ob die Sache gar nicht zum eingebrachten Gut gehört.

Auch hier werden wir den Dritten wieder zu schützen haben, wenn der Ehemann eine Sache verpfändet, über die zu verfügen er berechtigt wäre, wenn sie zum eingebrachten Gut gehörte, die aber in Wahrheit eine ganz fremde ist.

Unter den oben genannten Fällen haben wir jedoch zwei wichtige Ausnahmen zu machen. Die eine tritt ein bei einer nichtigen Ehe; die andere leitet sich her aus der schützenden Funktion des Güterrechtsregisters, die uns schon beschäftigte.

a) Wer glaubt, von einem Ehemann ein Pfandrecht am eingebrachten Gut bestellt zu erhalten, steht, wenn jener kein Ehemann ist, einem ohne Verfügungsmacht Verfügenden gegenüber; er ist nie geschützt.[1]) Das gleiche gilt, wenn eine Ehe wohl geschlossen, aber entweder für nichtig erklärt oder infolge Formmangels nichtig und nicht ins Heiratsregister eingetragen worden war, wenn also rechtlich überhaupt keine Ehe vorliegt (matr. non existens; Engelmann,[2]) Scherer u. a.: „absolut nichtige Ehe“). Das matr. nullum dagegen, also die Ehe, die in gehöriger Form geschlossen worden oder wenigstens ins Heiratsregister eingetragen ist, äussert dem gutgläubigen Dritten gegenüber seine Wirkung. Wenn er zur

[1]) A. M. Hachenburg, S. 145 (vgl. V, 1, A. 1).
[2]) Komm., Vorb. z. 3. Titel, III b.

Zeit der Perfektion des Geschäfts von der Nichtigkeit nichts weiss (erfolgt Anfechtung, so steht ihr die Anfechtbarkeit gleich, siehe § 10 d. Abh.), so erwirbt er, mag er noch so grobfahrlässig sein,[1]) durch die Verpfändung eingebrachten Guts seitens des angeblichen Ehemanns ein vollgültiges Pfandrecht.

b) Auch wenn die Verfügungsmacht über das Vermögen der Frau dem Mann durch Ausschluss der Verwaltung und Nutzniessung oder ausdrückliche Vereinbarung der Gütertrennung entzogen ist, hat dies für das Pfandrecht des gutgläubigen Dritten keine Wirkung, solange die Änderung oder Ausschliessung des gesetzlichen oder des vorher bestehenden vertragsmässigen Güterstandes nicht ins Güterrechtsregister eingetragen ist, und der Mann sich innerhalb der Grenzen hält, die ihm das Gütersystem zieht, an dessen Bestand der Pfandnehmer glaubt. (1435, 1545 II., 1550 II.)

Zum Schlusse ist noch darauf hinzuweisen, dass wir auch hier den Grundsatz haben: nach dem Erlöschen des die Verfügungsmacht begründenden Verhältnisses ist der gutgläubige Dritte geschützt, solange die Verfügungsmacht für den gutgläubig Verfügenden selbst fortbesteht. Verpfändet also der Mann eingebrachtes Gut, ohne die eingetretene Beendigung des ihn berechtigenden Güterstandes zu kennen, so entsteht für den Pfandnehmer ein Pfandrecht, wenn auch ihm die Änderung der Verhältnisse unbekannt war, vorausgesetzt, dass beider Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruht. (1424, 1546 III., 1550 II.)

VI.

Wir haben oben die inneren Gründe dargelegt, die im Handelsrecht den guten Glauben in weiterem Um-

[1]) z. B. auch bei Kenntnis der Anhängigkeit des Nichtigkeitsprozesses (Mot. IV, S. 64).

fang berücksichtigen lassen, als dies im allgemeinen bürgerlichen Recht der Fall ist. Wie wir gesehen haben, zeigt sich dies als Schutz gegenüber dem vermeintlich verfügungsberechtigten Nichteigentümer in doppelter Richtung: beim Erwerb von den unselbständigen Hilfspersonen im Handelsbetrieb in geringem, vom selbständig Handelsgewerbe Treibenden, vom „Kaufmann“, in viel weitergehendem Masse. Dort eine Ausdehnung der Vorschriften des BGB. über die Vollmacht[1]) in der Hinsicht, dass ein gesetzliches Mass von Befugnissen, unabhängig von der Vollmachterteilung, festgelegt ist, dessen Beschränkung dem gutgläubigen Dritten gegenüber ohne Wirkung bleibt, hier eine Erweiterung der „Vorschriften zu Gunsten . . .“ in dem Grade, dass das Vertrauen auf eine Verfügungsmacht geschützt wird, auch wo gar keine vorhanden ist. Hier wie dort aber der Gedanke, dass der Rechtsverkehr im Handel ein lebhafterer ist, und die umfassendere Nachforschungspflicht auf der einen, die Unsicherheit über das Entstandensein von Rechten auf der andern Seite ihn unerträglich lähmen würden.[2])

1. Auf die Gestaltung der umfassendsten Handlungsvollmacht, der Prokura, hat dieser Gedanke so eingewirkt, dass der Dritte geschützt wird, ohne dass dazu guter Glaube nötig ist. Das Gesetz hat die Macht, die in der Prokura ruht, festgelegt (§ 49); wer Prokura erteilt, der hat sich damit der Möglichkeit begeben, die Vollmacht nach aussen einzuschränken (§ 50). Mag er es immerhin dem Prokuristen gegenüber tun: der Dritte kann sich darüber hinwegsetzen, auch wenn er davon weiss.[3])[4])

---

[1]) die natürlich ergänzend auch hier in Kraft sind.

[2]) Vgl. Denkschr., S. 50.

[3]) Vgl. auch über das Fortbestehen der Prokura nach dem Tode des Prinzipals, Dür.-H. I, Vorb. z. 5. Abschn., 5a.

[4]) S. allerdings Dür.-H. I, § 50, N. I.

Dasselbe gilt aber nicht bei einer gewöhnlichen Handlungsvollmacht (Definition § 54 I.). Auch hier legt das Gesetz einen Kreis von Befugnissen fest, indem es sich nach der Gewohnheit des Handelsverkehrs richtet; greift aber hier der Geschäftsherr beschränkend ein, so ist nur der gutgläubige Dritte geschützt. Ihm darf nicht einmal leichte Fahrlässigkeit vorzuwerfen sein. Wem also von einem solchen Handlungsbevollmächtigten ein Gegenstand verpfändet wird, der erwirbt, wenn der Betrieb des Handelsgewerbes bezw. die Vornahme der Geschäfte, zu denen der Bevollmächtigte ermächtigt ist, solche Verpfändungen „gewöhnlich mit sich bringt“, ein Pfandrecht trotz einer dahingehenden Beschränkung der Handlungsvollmacht, wenn er nur ohne Fahrlässigkeit die Beschränkung nicht kannte (54 III.).[1])

(Das gleiche gilt für Handlungsreisende [55]; der nämliche Gedanke spricht sich in § 56 aus.)

2. Viel weiter geht der Schutz des § 366. Hier muss überhaupt keine Verfügungsmacht vorliegen, die Verkehrsauffassung spielt keine Rolle, und nur grobe Fahrlässigkeit schliesst den guten Glauben aus. Es muss aber hier der Verpfänder ein Kaufmann sein, und die Verpfändung im Betrieb von dessen Handelsgewerbe erfolgen. Wir können im übrigen auf das oben Gesagte verweisen.

Wem also von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes eine bewegliche Sache verpfändet wird, die, wie ihm bekannt ist oder zugestanden wird, dem Verpfänder nicht gehört, der erwirbt ein gültiges Pfandrecht, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit des Glaubens ist, dass der Verpfänder zur Verfügung über die Sache für den Eigentümer befugt sei.

---

[1]) Vgl. § 531 HGB.; s. dazu auch Cosack, II. R., S. 148, g.

Bei der Vorschrift kommt ganz besonders der Kommissionär in Betracht; doch fällt darunter auch jeder Vertreter,[1]) der Dritte darf auch glauben, es mit einem gesetzlichen Vertreter zu tun zu haben.

Wo das bürgerliche Recht den Schutz des guten Glaubens nicht kennt, so nach § 7 KO. (1984 BGB.), ist er auch nach § 366 nicht begründet.

VII.

Neben diesem ausgedehnten Schutz des guten Glaubens auf Grund des § 366 bleiben immer noch Fälle übrig, wo die besondere Institution, die das Handelsrecht als Basis des guten Glaubens kennt, das Handelsregister, für den Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs eine Rolle spielt. So z. B. bei der Prokura, derjenigen Vollmacht des Handelsrechts, die ins Handelsregister eingetragen werden muss. (53 I., S. 1; III.) Hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens bei ihrem Erlöschen tritt der § 15 HGB. an die Stelle der §§ 170—73 BGB.[2]) Solange das Erlöschen nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, erwirbt der Dritte, falls ihm der ehemalige Prokurist eine Sache, über die dieser bisher verfügen durfte, verpfändet, ein gültiges Pfandrecht, wenn er von dem Erlöschen nichts wusste, mag diese Unkenntnis auch auf grober Fahrlässigkeit beruhen. Wenn die Tatsache einmal eingetragen und bekannt gemacht worden ist,

---

[1]) A. M. Cosack, HR., S. 123 f.; doch dürften seine Gründe kaum durchschlagend sein. So ist es wohl auch zu weit gegangen, wenn Hellwig (Rechtskraft, S. 98, A. 9) ebenfalls sagt: „§ 366 handelt nicht von der Stellvertretung.“ Der Ausdruck „für den Eigentümer“ ist gegenüber „im Namen des Eigentümers“ ein plus, kein aliud. Das ändert natürlich nichts daran, dass der ins Auge gefasste Hauptanwendungsfall des § 366 I. die Verfügung seitens des Kommissionärs und Agenten ist.

[2]) Diese Bestimmungen gelten für die gewöhnliche Handlungsvollmacht.

so schützt ihn nur die Unkenntnis, der nicht irgendwelche Fahrlässigkeit zugrunde liegt. Dies hat er zu beweisen. (15 I., II.)[1])

Anhang.

§ 5.

Pfandrechtserwerb durch Übertragung.

I.

Im Rechtsstaat ist es normal, dass eine Sache im Eigentum einer Person steht; herrenlose Sachen sind Ausnahmen. Deshalb wird Eigentum in der Mehrzahl der Fälle durch Übertragung des bestehenden Eigentumsrechts erworben: durch Übereignung; hier vor allem hat auch der gute Glaube seine Stelle. Ganz anders beim Pfandrecht: nur eine verhältnismässig geringe Zahl von Gegenständen ist pfandbelastet; das Pfandrecht wird hauptsächlich erworben, indem aus dem Rechtsinbegriff, der das Eigentum ausmacht, heraus das Pfandrecht geschaffen wird: Verpfändung; die Vorschriften unseres Gesetzbuchs, die den gutgläubigen Pfandrechtserwerb betreffen, beziehen sich darauf. Seltener ist der Erwerb eines Pfandrechts durch Übertragung; greift nun auch hier Schutz des guten Glaubens Platz?

1. Das Pfandrecht kann nicht ohne die Forderung übertragen werden (1250 I., S. 2). Zur Übertragung des Pfandrechts ist also nicht berechtigt, wer die Forderung nicht übertragen kann. Schutz des guten Glaubens beim Erwerb einer Forderung vom Nichtberech-

---

[1]) Über die Beweislast nach Eintragung des Erlöschens im Gegensatz zu den Fällen der §§ 170 ff., s. Dür.-H., I., Vorb. z. 5. Abschn., 5d.

tigten kennt aber das BGB.[1]) nicht, also auch nicht beim Erwerb eines Pfandrechts vom Nichtberechtigten. Dasselbe gilt natürlich auch beim Erwerb der Forderung kraft Gesetzes oder durch Zwangsvollstreckung.

2. Ebensowenig wird der neue Gläubiger geschützt, wo er irrtümlich glaubt, dass ihm mit der Forderung ein Pfandrecht übertragen werde. Wir haben dazu keinen Anhalt im Gesetz; § 1207 spricht nur von „Verpfändung". Es fehlt ja hier auch die Notwendigkeit der Tradition. Die Motive lehnen es noch ausdrücklich unter Hinweis auf die akzessorische Natur des Pfandrechts ab.[2])

---

[1]) Ausnahme: § 405 (s. § 12, III. Abh.).

[2]) Mot. III, 837; Biermann zu §§ 1250, 51, N. 1; Dür.-H., II, Vorb. zu 366, 67, N. I; Hachenburg, S. 140).

2. Abschnitt.

Erwerb kraft Gesetzes.

§ 6.

Die gesetzlichen Pfandrechte des bürgerlichen Rechts.

I.

Das gesetzliche Pfandrecht — kein pignus tacitum, keine stillschweigende „Verpfändung" — entsteht grundsätzlich nur an Sachen, die dem Schuldner gehören. An fremden Gegenständen vermag es auch der gute Glaube des Erwerbers nicht zur Entstehung zu bringen. Für diesen — lebhaft bestrittenen[1]) — Satz werden drei Argumente ins Feld geführt:

1. Die §§ 1207, 08 passen nur für die „Verpfändung",[2]) nach anderen nur für Pfandrechte, die den Besitzerwerb voraussetzen;[3])

---

[1]) So von Staub, HGB. § 366, A. 58; 368, A. 75; Scherer, Komm., III, S. 539 (im Gegensatz zu der in der 1. Auflage, 3. Lieferg. 1898 (1257, N. II, 1) vertretenen Auffassung), Endemann, Einf., II, S. 536, A. 21; 547, A. 19, Windscheid-Kipp, I, S. 1043; OLG. Hamburg (Rspr. II, S. 219). Uns. Ansicht Denkschrift z. HGB., S. 222; Mot. III, 797, II, 405; Cosack, B. R. II, S. 312; Planck, 559, N. 2c; Borcherdt, S. 70 u. a.

[2]) Fischer-Henle, 1257, A. 1; KG. (Rspr. II, S. 80); OLG. Dresden, (Rspr. IV, S. 329 f.); Scheiff, S. 368, A. 1.

[3]) Wendt, S. 31 f.; Biermann, 1257, N. 2; Siber, S. 29; Dür.-H., II, S. 474, Hachenburg, S. 178 f., (die uns daher nur teilweise zustimmen. Sie erkennen den gutgläubigen Erwerb an für die gesetzlichen Pfandrechte des bürgerlichen Rechts, die Besitzerwerb voraussetzen, trotzdem sie den Wortlaut des § 1257 nicht übersehen. D.-H., II, S. 545); Hirschfeld, S. 35.

2. § 366 HGB. e contrario;[1])

3. Die Fassung des § 1257 BGB.[2])

Davon ist u. E. nur das dritte durchschlagend.

Der Auffassung, dass die Vorschriften der §§ 1207, 08 ihrem ganzen Inhalt nach nur auf eine Verpfändung anwendbar seien, widerspricht der § 366 III. HGB., der das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens dem Vertragspfand gleichstellt. Richtig ist daran nur, dass die §§ 1207, 08 eine Übergabe voraussetzen; einerlei ist es aber, ob diese zum Zweck der Verpfändung oder zu andern Zwecken erfolgte. Daraus ist aber dann nur zu schliessen auf die Unanwendbarkeit der Schutzvorschriften auf diejenigen gesetzlichen Pfandrechte, für die Besitzerwerb nicht Vorbedingung ist,[3]) nicht aber auf die Unanwendbarkeit auf die gesetzlichen Pfandrechte überhaupt. Selbst dort aber könnte die Einbringung in den Machtbereich des Gläubigers als der Übergabe entsprechend aufgefasst werden.

---

[1]) Biermann a. a. O.; Buhl, S. 127, A. 4.; Mannhardt (D. R. 4, S. 296 ff.).

[2]) Neumann, 1257, N. II, 1; Biermann a. a. O; KG. (Rspr. a. a. O.); OLG. Köln (Rspr. II, S. 59, Anm., doch mit unzulässiger Behandlung des Pfändungspfandrechts als eines gesetzlichen); Siber, S. 32; Labes, Dtsch. Jur.-Ztg. 1900, N. 10.; Jaeger, KO. § 49, A. 11; § 48, A. 12; Peterson-Kleinfeller, § 49, N. 9; v. Wilmowski, § 49, N. 4. (stützen sich noch auf § 366 III. HGB. und auf die angeblich unbestrittene Nichtausdehnung der Vorschriften über den Schutz des g. Gl. auf das Vermieterpfandrecht); OLG. Colmar (Rspr. III, S. 28) (noch gestützt auf die Motive); Kober, 1257, II, 1; Cosack, HR., S. 127; Dernburg, B. R. II, 2, S. 194; Brückner (D. Recht 1901, S. 525 f.) Mannhardt, a. a. O; v. Erffa, S. 36; Jacobi, S. 29; Rubner, S. 22; Prot., S. 2000 f. (für das Vermieterpfandrecht).

[3]) Darauf hinweisend für das Vermieterpfandrecht Planck, 559, N. 1. Vgl. 561, N. 3; Wendt, a. a. O., S. 32; Siber, S. 33.; Biermann, 1257, N. 2a; Enneccerus, S. 641; Hirschfeld, S. 30. Staub (368, A. 75) fordert, dass der gesetzliche Pfandgläubiger in einen ebensolchen Besitz gelangt sei, wie er beim vertragsmässig bestellten Pfandrecht erforderlich ist. Ebenso Dür.-H., Vorb. zu 366, 67, N. V, 1.

Die Bedeutung des § 366 III. HGB. als einer Ausnahme wäre aber auch schon aus dem Gesichtspunkt gerechtfertigt, dass für die gesetzlichen Pfandrechte des allgemeinen bürgerlichen Rechts der erweiterte Schutz des guten Glaubens zufolge 366 I. jedenfalls nicht gälte, also die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts dadurch den von einem Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes bestellten gleichgestellt würden.[1])

Zum Beweise heranzuziehen ist 366 III. nur in Verbindung mit 1257 BGB., der u. E. entscheidend ist. Denn danach finden die „Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht" „auf ein kraft Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung". Im Hinblick auf die innere und auch äussere Verschiedenheit, mit der Vertrags- und gesetzliches Pfandrecht zur Entstehung gelangen, sind die Vorschriften über die Bestellung des ersteren auf die Entstehung des letzteren gar nicht für anwendbar erklärt. Noch klarer tritt die entsprechende Stellungnahme des Gesetzgebers für das Pfändungspfandrecht (s. § 8 d. Abh.) in § 804 II, Halbs. 1 CPO. hervor. Hier gewährt „das Pfandrecht" (wenn es entstanden ist! Für die Entstehung ist auch auf das Vertragspfandrecht in keiner Weise Bezug genommen) „— — dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Pfandrecht."

Dies verkennt z. B. auch Scherer (1257, No. 668), wenn er sagt, dass E. II. die Vorschriften der §§ 1204—56 ohne Unterschied auf das gesetzliche Pfandrecht ausdehne, und sich hierdurch mit den Motiven des E. I. hinsichtlich des Mietpfandrechts in direkten und unlösbaren Widerspruch setze.[2])

---

[1]) Staub, HGB. § 368, A. 76. Vgl. Denkschr., S. 223.
[2]) Vgl. Jacobi, S. 28 f.

Auf der so gewonnenen Grundlage können wir uns dann auch des ersten Arguments bedienen. Dazu ist auch noch zu sagen: Wir haben festgestellt, dass §§ 1207, 08 eine Übergabe voraussetzen, also ihre entsprechende Anwendung nur möglich ist, wo Besitz übergeht. Da dies nicht bei allen gesetzlichen Pfandrechten der Fall ist, so hätte es sehr nahe gelegen, wenn der Gesetzgeber die Anwendung der zitierten Paragraphen auf die gesetzlichen Pfandrechte, die Übergabe voraussetzen, gewünscht hätte, diese Differenzierung in einer Bemerkung zum Ausdruck gelangen zu lassen, etwa in der Art des § 1266. Dies ist nicht geschehen.

Die Stellungnahme des Gesetzes ist keine willkürliche. Sie ist auch innerlich nicht ungerechtfertigt. Hier versagt sogar der Satz „Hand wahre Hand" in seinen Konsequenzen;[1]) derjenige, dem der Eigentümer seine Sache anvertraut hat, hat ja gar nicht über sie verfügt.[2]) Ohne sein Zutun wäre für eine dritte Person das Recht entstanden, die Hand auf die Sache zu legen. Wie könnte hier dem Eigentümer der Vorwurf gemacht werden, er habe sein Vertrauen einem Unwürdigen geschenkt? Es würde von ihm verlangt, nicht nur die persönliche Vertrauenswürdigkeit seines „Vertrauensmannes" zu prüfen, sondern auch seine Solvenz, jetzt und — für die Zukunft.

Das ist auch heute nicht ohne praktische Bedeutung.

Es hängt weiter damit zusammen: beim Vertragspfandrecht haben wir eine bewusste Verfügung, auf der andern Seite ein bewusstes Wollen (Einigung) und

---

[1]) A. M. Scherer, D. Jur.-Ztg. 1900, No. 9.
[2]) So Sibor, S. 31; Mannhardt (D. Recht, 1900, S. 296); OLG. Dresden (Rspr. IV, S. 329).

in Empfang nehmen.[1]) Der Erwerb des Pfandrechts ist der Gegenstand des Rechtsgeschäfts, er ist auch für das Eingehen des Schuldverhältnisses von grosser Bedeutung, oft der eigentliche Beweggrund. Dagegen wird es nicht das Normale sein, dass für den Eintritt in das Rechtsverhältnis, aus dem das gesetzliche Pfandrecht entspringt, dieses Pfandrecht bestimmend wirkt.[2]) Das damit zugleich entstehende Pfandrecht wird häufig ganz unbeachtet gelassen. Nur selten wird sich der Hauseigentümer im Hinblick auf die wertvollen Möbel u. s. w. bestimmen lassen, an einen sonst verdächtigen Mieter zu vermieten. Der Gastwirt nimmt die Gäste auf, die es verlangen, wenn er nicht durch einen besonderen Umstand gewarnt wird; die Aussicht, sich an den Effekten eventuell schadlos halten zu können, wird selten auf seinen Entschluss von Einfluss sein. Vielleicht in noch geringerem Grade ist dies der Fall mut. mut. bei dem Handwerker u. s. w. bei Bestellungen, Reparaturen.

Es braucht nicht erst gesagt zu werden, dass das Vertrauen auf das Vorliegen eines Moments, das mir ausdrücklich zugesichert wurde, und für meinen Entschluss mitbestimmend war, schutzwürdiger ist als das Bauen auf einen Nebenumstand, der mir vielleicht erst später zu Bewusstsein kommt.[3])

Der Gesetzgeber hat sich von diesen Erwägungen leiten lassen. Immerhin waren und sind die Meinungen de lege ferenda sehr geteilt. Während man auf der

[1]) Siber, S. 31; Lewinsohn, Verh. des 20. deutschen Juristentags, 3., S. 249 f.

[2]) Richtig weist Siber (S. 32) darauf hin, dass in diesem Fall das Recht zur Anfechtung des Vertrags wegen Betrugs oder Irrtums bleibt.

[3]) Von diesem Standpunkt aus ist auch allerdings für das gesetzliche Pfandrecht ein Schutz des g. Gl. verlangt worden, nämlich dann, wenn der Schuldner ausdrücklich sein Eigentum an den eingebrachten Sachen behauptet hat (Boyens, Gutachten, S. 725 f.).

einen Seite den Schutz des guten Glaubens auch für das gesetzliche Pfandrecht forderte, verlangte man auf der andern die Beseitigung des Rechtes selbst als einer ungerechtfertigten Bevorzugung.[1]) So steht die Regelung, die de lege lata — u. E. — stattgefunden hat, etwa in der Mitte, und es kam dies insbesondere für das Vermieterpfandrecht zum Ausdruck.[2])

Somit ergibt sich zusammenfassend: Die Vorschriften über die Bestellung des *rechtsgeschäftlichen* Pfandrechts können auf die Entstehung des *gesetzlichen* Pfandrechts nicht entsprechende Anwendung finden, also auch nicht die §§ 1207, 08. Das kraft Gesetzes entstehende Pfandrecht erstreckt sich nur auf das Eigentum des Schuldners, nie auf fremde Sachen, auch wenn der Pfandgläubiger in noch so verzeihlicher Weise diese für dem Schuldner gehörig ansieht.

Die irrtümliche Annahme einer Verfügungsberechtigung des Schuldners führt natürlich erst recht nicht zur Entstehung eines Pfandrechts; es findet ja gar keine Verfügung statt. Aus demselben Grunde hindert eine Verfügungsbeschränkung des Eigentümers die Entstehung des Pfandrechts nicht; wohl aber tut dies gemäss § 15 KO. die Konkurseröffnung. Guter Glaube kann demgegenüber das Pfandrecht natürlich nicht zur Entstehung bringen.

---

[1]) Vgl. Fuld, Mietrecht, S. 170 ff. und die daselbst zit. Thomson, Gutachten in den Verhandlungen des 21. dtschen. Juristentags, 3., 152 und 4., 156 ff. (Antrag Fuld); Mittelstein, S. 279; Cohn, Gutachten, S. 159 f.

[2]) So and. Ans. für das Vermieterpfandrecht de lege ferenda auch Labes a. a. O.; Cosack, Bekkers und Fischers Beitr., II. 13, 70; Cohn, Gutachten, S. 159 f. Cohn verlangt überhaupt Ausdehnung des Pfandrechts auf die dem Mieter nicht gehörigen Sachen, wenn nicht der Vermieter davon weiss, Boyens, wenn der Mieter sie als die seinigen ausgibt, Mittelstein (S. 279) auf die auf Abzahlung genommenen Illaten. Vgl. weiter Fuld, S. 5 f.

II.

Die praktisch bedeutsamsten gesetzlichen Pfandrechte des BGB. und daher auch diejenigen, hinsichtlich deren sich der Streit um den Schutz des guten Glaubens besonders entsponnen hat, sind das Pfandrecht des Vermieters und Verpächters und dasjenige des Gastwirts an den eingebrachten Sachen des Mieters bezw. des Gastes. Aus den von uns gewonnenen Ergebnissen folgt dafür:

1. Der Vermieter (auch Untervermieter) eines Grundstücks, von Wohnräumen und andern Räumen hat für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis an den von dem Mieter eingebrachten[1]) Sachen[2]) ein Pfandrecht mit dem Moment ihrer Einbringung auf das Grundstück bezw. in die Wohnung,[3]) soweit die Sachen der Pfändung unterworfen sind, und soweit sie dem Mieter gehören. Der Mietvertrag muss geschlossen sein. Dies folgt einerseits aus dem Wortlaut des Gesetzes (§ 559: „der Vermieter", „der Mieter"), andererseits daraus, dass kein Pfandrecht ohne Forderung entstehen kann. Dabei ist wohl nicht soweit zu gehen, dass zur Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts immer auch eine gegenwärtige Forderung nötig sei, obgleich dies naheläge; das Gesetz scheint vielmehr auf dem Standpunkt zu stehen, dass es dem Wesen des gesetzlichen Pfandrechts nicht widerspricht, eine künftige Forderung zu sichern.[4]) Aber ein gegenwärtiges

---

[1]) und zwar im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis (einerlei, ob vorübergehend oder dauernd) Siber, S. 39. Vgl. Jacobi, S. 34; v. Erffa, S. 53; Rubner, S. 18, A. 2; Mot. z. KO., § 211: welche, „dem Mietszweck entsprechend, wenn auch nur zeitweise, auf dem Grundstück ihren Stand- oder Verwahrungsort haben sollen." Peterson-Kleinfeller (§ 49, N. 9) halten es für einerlei, durch wen und zu welchem Zweck die Einbringung erfolgte. [2]) und Inhaberpapieren, § 1293. [3]) Daneben kommt der Fall in Betracht, wo der Mieter Eigentümer der schon eingebrachten Sachen wird. [4]) Dies geht aus 559, S. 2 hervor, nicht etwa aus 1204, II, der nicht nach 1257 entsprechend anwendbar ist. Genaueres, s. Siber, S. 10 f., 33; v. Erffa, S. 30; Rubner, S. 25.

Rechtsverhältnis muss vorliegen, das dem Entstehen der künftigen Forderung als Grundlage dient, damit diese nicht völlig in der Luft schwebt,[1]) und dies ist in unserm Fall der Mietvertrag.[2])

Das Pfandrecht erstreckt sich nicht auf dem Mieter fremde Sachen und gelangt auch durch den guten Glauben des Vermieters nicht daran zur Entstehung, mag dieser sich selbst auf eine ausdrückliche Versicherung des Mieters stützen. Insbesondere umfasst es auch nicht der Ehefrau, den Kindern des Mieters oder dem Aftermieter gehörige Sachen, gleichviel, ob der Vermieter in Ansehung derselben guten Glaubens ist oder nicht (559, 580).[3])

2. Gemäss 581 II. mit 559 hat auch der Verpächter für seine Forderungen aus dem Pachtverhältnis ein Pfandrecht an den vom Pächter eingebrachten Sachen, das aber ebenfalls trotz guten Glaubens versagt, soweit die Illaten nicht dem Pächter gehören. Das Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstückes versagt auch (trotz 585, S. 2) für die Früchte des Grundstücks, wenn der Pächter einem Dritten gestattet hat, sich diese anzueignen. (Dieser erwirbt das Eigentum mit der Trennung (956 II.); früher entsteht auch das Pfandrecht nicht (93).).

3. Auf von dem Gaste eingebrachte Sachen, die nicht sein Eigentum sind, erstreckt sich das Pfandrecht[4]) des Gastwirts (Beschränkung in § 701) für seine Forderungen für Wohnung und andere dem Gaste zur

---

[1]) Siber, S. 11; v. Erffa, S. 31; Dür.-H., II, Vorb. zu § 368, X. 3.

[2]) Analoges gilt für die andern gesetzlichen Pfandrechte, soweit sie nicht, wie das Gastwirtspfandrecht, eine schon entstandene Forderung voraussetzen. Im folgenden (§ 7, Abh.) wird dies noch von Bedeutung werden.

[3]) In II, S. 741, erkennt dies Scherer noch an, zwar nicht auf Grund des Gesetzestextes, wohl aber des aus den Motiven hervorgehenden Willens des Gesetzgebers. Zu §§ 704 und 1257 widerruft er diese Anschauung.

[4]) Über dessen Verhältnis zum Vermieterpfandrecht, s. Siber, S. 12.

Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährte Leistungen niemals, mag der Gastwirt diese Sachen auch für Eigentum des Gastes gehalten haben (704).

Diese drei Pfandrechte erfordern keinen Besitzerwerb; es liegt deshalb hier am fernsten, die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb zur Anwendung zu bringen. Nur in eine gewisse örtliche Beziehung zum Pfandgläubiger (auf sein Grundstück, bezw. in den ihm gehörigen Wohnraum) müssen die Sachen gebracht worden sein.

Daran schliesst sich

4. das Pfandrecht des zur Sicherheitsleistung Berechtigten an dem hinterlegten Geld (Wertpapiere, s. § 12 d. Abh.). Auch hier findet kein Besitzerwerb statt; dennoch läge es besonders nahe, die §§ 1207, 08 zur Anwendung zu bringen. Denn es ist hier ein der Übergabe des § 1207 analoger Akt erforderlich; zwar nicht eine Übergabe an den Pfandgläubiger, doch die Schaffung eines dem Falle des § 1206 sehr ähnlichen Verhältnisses. Der wirtschaftliche Zweck ist derselbe wie bei der Verpfändung, und es ist von dieser eigentlich nur dadurch getrennt, dass es keines auf seine Entstehung gerichteten Willens bedarf, sondern kraft Gesetzes entsteht. Doch fehlt es an einer Vorschrift, auf die sich hier ein Schutz des guten Glaubens stützen könnte.[1]) Die Übereinstimmung mit den übrigen gesetzlichen Pfandrechten ist auch hier geboten. Die Hinterlegung dient vielfach zur Beseitigung eines gesetzlichen Pfandrechts (562, 581 II., 590, S. 2, 704 II., S. 2 mit 562) und so könnte leicht, — solange nur der Gläubiger gutgläubig ist, — der Schuldner fremdes Eigentum belasten und dadurch das eigene befreien.

5. Unerlässliche Vorbedingung ist der Besitz jedoch nach positiver Vorschrift für die Entstehung des Pfand-

[1]) Mannhardt, a. a. O., S. 297.

rechts des Werkunternehmers (647). Es steht ihm zu für seine Forderungen aus dem Werkvertrag[1]) an den Sachen des Bestellers, seien diese nun von ihm ausgebessert oder aus Materialien des Bestellers (651 e contr.) hergestellt. Den Besitz muss er aber „bei der Herstellung oder zum Zweck der Ausbesserung" erlangt haben. Gemäss den oben entwickelten Vorschriften entsteht für ihn kein Pfandrecht, auch wenn er in gutem Glauben ist.[2])

6. Besitzerwerb ist auch Vorbedingung für das Pfandrecht, das bei Verpachtung eines Grundstücks samt Inventar (586, 87) dem Pächter für die Forderungen gegen den Verpächter zusteht, die sich auf das mitgepachtete Inventar beziehen. Der Wortlaut des Gesetzes verlangt nicht ausdrücklich Eigentum des Verpächters, doch wird dies wohl vorauszusetzen sein.[3]) Für das Pfandrecht gilt das gleiche wie für die übrigen gesetzlichen Pfandrechte.[4])[5])

§ 7.

Die gesetzlichen Pfandrechte des Handelsrechts.

I.

Für fünf gesetzliche Pfandrechte des Handelsrechts stellt das HGB. die Ausnahmsbestimmung auf, dass auch hier der Mangel im Recht durch den guten Glauben des Erwerbers ausgeglichen werden solle (366 III.). Und zwar auch hier durch den guten Glauben im weiten

[1]) d. h. nur diejenigen, „bei welchen der Vertrag den Ausgangspunkt und die eigentliche Grundlage bildet". (OLG. Posen, (Rspr. I, S. 398.) [2]) A. M. Dür.-H., II, S. 474, Hachenburg, S. 178 f. [3]) Mannhardt, a. a. O.; A. M. Siber, S. 32. [4]) A. M. Dür.-H., II, S. 474; Hachenburg, S. 179. [5]) Für Fall 1, 2, 3 und 5 stützt sich Mannhardt, a. a. O., auch auf den Wortlaut der betr. §§ (Sachen „des Mieters" usw.). Diese Argumentation wäre, selbst wenn „eingebrachte Sachen des Mieters" unter allen Umständen = „eingebrachte Sachen, die dem Mieter gehören" ist (vgl. dagegen Scherer, a. a. O.) keinesfalls durchschlagend. Auch der § 1205

Sinne des § 366 I. und II. Die so begünstigten Pfandrechte sind die des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers (366 III.) und das Pfandrecht des Verfrachters im Seetransportgeschäft an den Gütern (623 III.). Auch diese Regelung hat viele Angriffe erfahren, insbesondere hat man die Notwendigkeit angezweifelt, einen so einschneidenden Unterschied gegenüber den gesetzlichen Pfandrechten des allgemeinen bürgerlichen Rechts zu statuieren. De lege lata hat der Gesetzgeber klar und unzweideutig seine Stellung bekundet.

Die genannten gesetzlichen Pfandrechte stehen „hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem gemäss Abs. 1 durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich“. Es finden also die „Vorschriften des BGB. zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten“, Anwendung. Es sind dies die §§ 1207, 08 mit 932, 34, 35, 36 III. Es ist ausgeschlossen, sie, wie es eigentlich der Wortlaut des Gesetzes verlangt, „zur Anwendung“ zu bringen; nur eine „entsprechende Anwendung“ ist möglich.

Das Gesetz spricht hier ausdrücklich von „gesetzliches Pfandrecht“, was es im bürgerlichen Recht in Ansehung der einzelnen gesetzlichen Pfandrechte nicht einmal tut (nur in dem allgemeinen § 1257). An eine stillschweigende Verpfändung ist also auch hier nicht zu denken; eine „Verpfändung“ liegt überhaupt nicht vor. Die Verpfändung, auf die „die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften der §§ 932, 934, 935 entsprechende Anwendung“ finden sollen, setzt sich zusammen aus Einigung und Übergabe; zweier analoger Akte, deren Zusammentreffen die gleiche Wirkung aus-

verlangt ja, dass der Eigentümer übergibt usw. Wenn das Gesetz das Erfordernis im Regelfall gar nicht aufstellte, so bedürfte es keines g. Gl., den Mangel zu heilen. Damit fallen die Konklusionen Mannhardts. Zur Begründung unserer Ansicht und zwar für alle gesetzlichen Pfandrechte genügt § 1257.

löst (Entstehung des Pfandrechts), werden wir auch hier bedürfen. Es sind jedenfalls das Zustandekommen des betreffenden Vertrags (Werkvertrag bei der Kommission,[1]) Verwahrungsvertrag beim Lagergeschäft u. s. w.) und die Übergabe. Die beiden Übergaben gleichen sich allerdings nur äusserlich; sie dienen ganz verschiedener Absicht. Dort Übergabe, damit das Pfandrecht entstehe, hier Entstehung des Pfandrechts, weil übergeben wird. Dort bezweckt die Übergabe die Entstehung des Pfandrechts, und dieser Zweck wird nur erreicht, wenn der Wille der beiden Beteiligten sich auf diesen Erfolg hin richtet; hier ist Zweck ler Übergabe, ein Geschäft (Kommission, Spedition, u. s. w.) zu ermöglichen; unabhängig von Wissen und Willen der Beteiligten entsteht das Pfandrecht.

Immerhin ist für die Konstruktion festzuhalten, dass wir auch hier zwei Bestandteile haben, dass auch dies Pfandrecht durch eine Einigung bedingt ist, die sich allerdings hier nicht auf seine Entstehung richtet, sondern auf das Zustandekommen des Rechtsverhältnisses, zu dem das Pfandrecht als untrennbares Akzessorium gehört.

Wo keine „Verpfändung", da auch kein „Verpfänder". An seine Stelle tritt derjenige, gegen den sich das Pfandrecht richtet, das andere Subjekt des zur Entstehung kommenden Rechtsverhältnisses, d. h. der Schuldner der pfandgesicherten Forderungen.

In dem Moment, in dem die „Einigung" in unserm Sinn und der Besitz zusammentreffen, muss also der gute Glaube vorhanden sein.[2])[3])

[1]) Garcis (HGB., Handausg., 3. Buch, Vorb. z. 3. Abschn.) Dienstvortrag. Auf die Kontroverse ist nicht einzugehen. [2]) So Dür.-H., II, S. 475. [3]) Eger (für den Frachtvertrag): „mit der redlichen Übernahme des Guts wird das Pfandrecht erworben." (II, S. 537) S. 558: Es „beginnt mit dem Moment der Empfangnahme auf Grund des Frachtvertrags". So auch Endemann, Handb., 3, S. 380. Abw. Boldt, § 9, S. 17.

Wie schon oben erwähnt, läge die Auffassung nicht zu ferne, das Pfandrecht erst mit dem Entstehen der zu sichernden Forderung selbst zur Entstehung gelangen zu lassen. Der betreffende Vertrag kann ja leicht schon geschlossen, die Übergabe erfolgt sein, ohne dass doch bereits eine Forderung entstanden ist.

Warum wir diese Auffassung ablehnen, haben wir oben schon betont.[1]) Hier wird es um so rätlicher sein, sich auch in der Konstruktion möglichst eng an die Vorschriften über das Konventionalpfandrecht anzuschliessen, auf die uns das HGB. nun einmal hinweist, umsomehr, als es nach der vertretenen Auffassung jedenfalls praktisch leichter ist, den für den guten Glauben massgebenden Zeitpunkt festzustellen.

II.

Im einzelnen kommen wir somit zu folgenden Resultaten:

1. Der Kommissionär erwirbt an dem Kommissionsgut, d. h. den Waren (Wertpapiere, s. § 12), die er infolge der Kommission in Händen hat (§ 383), sobald er es auf Grund des Kommissionsvertrags im Besitz hat, insbesondere mittels Konossements, Ladescheins oder Lagerscheins darüber verfügen kann, ein Pfandrecht wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, der Provision (396), der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangenen Verpflichtungen, sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften (397). Das gleiche gilt, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft in der bezeichneten Weise zu schliessen

[1]) Auch hier geschieht es nicht etwa, weil § 366 III. den § 1204 II. für anwendbar erklärte.

übernimmt (406 II., S. 2). Dies Pfandrecht steht ihm auch dann zu, wenn der Schuldner nicht Eigentümer des Gutes ist, noch darüber zu verfügen (zum Abschluss des Kommissionsvertrags) berechtigt ist, es sei denn, dass der Gläubiger diesen Mangel kennt oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht kennt (366 III. I.).

Das gleiche gilt für das Pfandrecht

2. des Spediteurs (407) am Gut für seine Forderungen auf Fracht, Provision, Auslagen und Verwendungen, sowie wegen der auf das Gut gegebenen Vorschüsse (410), wenn das Gut dem Versender nicht gehört, oder er nicht zur Verfügung berechtigt ist,

3. des Lagerhalters wegen der Lagerkosten (421),

4. des Frachtführers[1][2]) wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen, insbesondere der Fracht- und Liegegelder, der Zollgelder und anderer Auslagen, sowie wegen der auf das Gut geleisteten Vorschüsse (440 I. II.) unter den gleichen Voraussetzungen.

Dazu kommt

5. im Seerecht das Pfandrecht des Verfrachters an den Gütern, solange sie zurückbehalten oder hinterlegt sind (dazu tritt das Verfolgungsrecht des § 623 II. Halbs. 2) wegen der Forderungen, die in § 614 näher bezeichnet sind. (623 I., II. Halbs. 1, III.)

In all diesen Fällen muss, wie schon erwähnt, der Schuldner nicht Kaufmann sein (366 III.).

Hier muss noch hervorgehoben werden, dass der gute Glaube bei diesen gesetzlichen Pfand-

---

[1]) Hierfür finden wir die in I. ausgesprochene Auffassung auch vertreten in einer Entscheidung des OLG. Kiel (Rspr. VI, 97), wonach das Pfandrecht des Frachtführers bereits mit der Empfangnahme des Frachtguts zum Zwecke des Transports entsteht und nachträglicher böser Glaube ohne Bedeutung ist.

[2]) Genaueres, s. Eger, II, zu a. 409, S. 526 ff.

rechten in der Regel eine andere Färbung hat, als bei den vertragsmässigen. Bei den letzteren tritt dem Pfandnehmer immer die Person des Verpfänders (wenn auch unter Umständen vertreten) gegenüber; notwendig wird in seinen Erwägungen dessen Verfügungsrecht eine Rolle spielen, wenn er es auch stillschweigend annimmt, solange ihn kein wichtiger Umstand auf das Gegenteil hinweist. Denkt er gar nicht darüber nach, so kann leicht schon darin eine grobe Fahrlässigkeit liegen. Hier liegt es anders. Hier ist es das Normale, dass der Gläubiger sich über das Verfügungsrecht des Schuldners keine Gedanken macht. Das Pfandrecht ist ja hier nur sekundär. Der gute Glaube ist etwas rein negatives. Es ist kaum denkbar, dass Anlass dazu gegeben wäre, das Verfügungsrecht des Schuldners in Erwägung zu ziehen, ohne dass zugleich die Verhältnisse so lägen, dass bei unbegründeter Annahme des Verfügungsrechts der Vorwurf grober Fahrlässigkeit berechtigt wäre. Besonders prägnant zeigt sich dies z. B. beim Frachtvertrag mit der Eisenbahn.

III.

Die „Pfandrechte" des Seehandelsrechts[1]) kommen für unsere Frage nicht in Betracht, da sie ohne Rücksicht auf das Eigentum an der Pfandsache entstehen.[2])[3]) Das gleiche gilt für die entsprechenden Pfandrechte des Binnenschiffahrtsrechts.[4])

Die Pfandrechte nach 26, 77 II. BSchG. entsprechen dem besprochenen § 440 HGB.

---

[1]) Das Pfandrecht des Verfrachters nach 674, der Vergütungsberechtigten bei der grossen Haverei (725), der Gläubiger wegen Bergungs- und Hilfskosten (751), der Schiffsgläubiger (755). Vgl. Goldschmidt, Ztschr. für das ges. Handelsrecht, 9, S. 22.

[2]) Über die juristische Natur und den diesbezüglichen Streit, s. Lüerssen, Das Schiffsgläubigerrecht u. die übrigen seerechtlichen Pfandrechte. [3]) v. Schwind, S. 155 f.: „reine Sachhaftung," Dernburg III, S. 741, 786; 162 ff. [4]) §§ 89, 97, 103 BSchG.

3. Abschnitt.

§ 8.

Erwerb durch behördlichen Zwangsakt (Zwangsvollstreckung und Arrest).[1]

I.

Die dritte und letzte Art, auf die ein Pfandrecht zur Entstehung gelangen kann, ist durch Zwangsvollstreckung[2] und Arrest.[3] Das Pfandrecht verdankt sein Dasein keiner Verpfändung. Es beruht nicht auf einem Vertrag, den beliebige Privatpersonen abgeschlossen haben, eben in der Absicht, es zustande zu bringen. Es ist aber auch kein gesetzliches Pfandrecht.[4] Es entsteht ebensowenig durch den Willen des Gesetzes unabhängig von Wissen und Wollen der beteiligten Personen als Begleiterscheinung von privaten Rechtsgeschäften, deren eigentliches Ziel ein ganz anderes ist.

Seiner Entstehungsweise nach liegt es vielmehr zwischen beiden in der Mitte. Es entsteht weder ipso iure, noch durch Vertrag, sondern durch einseitigen Eingriff in die Rechtssphäre eines andern, weder durch den Willen des Gesetzes, noch durch Privatwillkür,

---

[1]) Seuffert (CPO., Vorb. z. 8. Buch): „endgültige“ und „vorläufige Zwangsvollstreckung“. [2]) In Betracht kommt für die Entstehung des Pfändungspfandrechts nur die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen und zwar für uns zunächst in „körperliche Sachen“. Auch Geld kann in Betracht kommen. (815 III. CPO.)

[3]) Die folgenden Darlegungen für das Zwangsvollstreckungspfandrecht gelten ebenso für das Arrestpfandrecht (928, 930 I. CPO.)

[4]) Vgl. OLG. Dresden (Rspr. IV, 331).

sondern durch die Tätigkeit eines Organs, das Träger behördlichen und privaten Willens zugleich ist.

In Beziehung zu dem Pfandrecht des materiellen Rechts setzt die CPO. das Pfändungspfandrecht ausser durch die Bezeichnung hauptsächlich durch die Bestimmung des § 804 II.: „Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu andern Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht“ (entspricht dem „durch Rechtsgeschäft bestellten Pfandrecht“ des BGB.); „es geht Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt sind“.

Dies beschränkt sich also auf den Rang und auf die Wirkungen des entstandenen Pfandrechts; für uns genügt es, festzustellen, dass die Entstehung des Pfändungspfandrechts sich nach selbständigen, von denjenigen für das Konventionalpfandrecht durchaus unabhängigen Bestimmungen regelt. Die CPO. hat, da sie das entstehende Recht einmal als Pfandrecht anerkannte, es dem des BGB. möglichst angenähert (vgl. das primäre Erfordernis der Besitzergreifung, das subsidiäre der Kenntlichmachung). Dies gibt uns aber kein Recht, die Vorschriften des BGB. in weiterem Masse hier zur Anwendung zu bringen, als es das Gesetz gestattet. Es folgt daraus, dass die §§ 1207, 08 ebensowenig anwendbar sind, wie beim gesetzlichen Pfandrecht.[1])

Die leitenden Gesichtspunkte sind also der CPO. zu entnehmen.

II.

Wir haben in unserer Einleitung (§ 1 III. Abh.) unsere Aufgabe dahin präzisiert, festzustellen, wieweit der Mangel im Recht der Person über die Sache durch den guten Glauben ausgeglichen wird.

---

[1]) Mot. S. 570.

Dies scheint beim Pfändungspfandrecht ebenso wie beim gesetzlichen deplaziert. Das Recht über die Sache kann doch eigentlich nur in Handlungen des Berechtigten zutage treten; dieser bleibt hier aber völlig passiv. Das ist indes nicht richtig. Wie das Vertragspfandrecht, dienen auch gesetzliches und Pfändungspfandrecht dem Zweck, eine Forderung zu sichern, bezw. Befriedigung für sie herbeizuführen. Naturgemäss werden dazu nicht fremde Sachen herangezogen. Die Aussicht, dass der Schuldner freiwillig sich eines seiner Rechte entäussern werde (im weitesten Sinn), um die normale Befriedigung, die der Gläubiger verlangt, zu beschaffen, ist aus irgend einem Grund unsicher geworden; da greift das Gesetz ein und schafft aus der Rechtsfülle des Schuldners heraus für den Gläubiger zur Sicherung oder Befriedigung — ein Pfandrecht. Daneben darf es nicht greifen; ein Recht an einer Sache, über die der Schuldner selber kein Recht hat, darf für den Gläubiger nicht zur Entstehung kommen. Es wäre im höchsten Grade unbillig.[1])

Es ist dies dem Gesetzgeber so selbstverständlich erschienen, dass er es eigentlich gar nicht ausdrücklich ausgesprochen hat. § 804 I. lässt jedenfalls durchaus nicht darauf schliessen; doch geht die Stellung des Gesetzes zur Evidenz aus andern Bestimmungen hervor.

Es darf also keine Sache gepfändet werden, die dem Schuldner nicht gehört.

Die Fragen, die dabei für uns von Bedeutung werden, sind: In Ansehung welcher Umstände könnte hier guter Glaube in Betracht kommen, und ist er imstande, eventuelle Mängel im Rechte auszugleichen?

Vorher ist festzustellen, dass der gute Glaube in jedem Fall, sowohl bei dem Gerichtsvollzieher (als Ver-

---

[1]) Vgl. v. Schrutka-Rechtenstamm, S. 301.

treter des Gläubigers, § 166 I. BGB.), als auch bei dem Gläubiger selbst (als Vollmachtgeber, nach dessen bestimmten Weisungen der Vertreter handelt, 166 II.) vorhanden sein müsste.[1])

Aus dem Gesagten geht hervor, dass ein guter Glaube an ein Recht des Schuldners, über nicht ihm gehörige Sachen zu verfügen, keinen Sinn hat; all seine Verfügungsmacht kann nicht bewirken, dass eine Sache, die nicht zu seinem Vermögen gehört, dazu dient, für seine Verbindlichkeiten aufzukommen.

Anders steht es mit dem Irrtum über die Verfügungsmacht des Schuldners über eigenes Vermögen. Es läge ja nahe, auch diesen nicht berücksichtigen zu wollen. Denn, wie gesagt, es liegt gar keine Verfügung des Schuldners vor. Aber die Gebundenheit des Vermögens, die sich in der Verfügungsbeschränkung ausdrückt, greift weiter. Unter dem Gesichtspunkt, unter dem Verfügungen des Eigentümers selbst verboten sind, verbieten sich auch Eingriffe der Gläubiger. So stellen die §§ 135 I., S. 2, 161 I., S. 2 BGB. den Verfügungen der gebundenen Person eine Verfügung gleich, „die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung (oder durch den Konkursverwalter) erfolgt“.[2]) Im § 2115 ist dies für die Nacherbfolge ausdrücklich ausgesprochen, und zwar über das Verbot der rechtsgeschäftlichen Verfügung hinausgehend.[3])

Verfügungsbeschränkung wie Nichteigentum können also den Wirkungen der Pfändung entgegenstehen; ein guter Glaube ist in beiden Fällen denkbar.

Aus den gesetzlichen Vorschriften scheint die

---

[1]) RG. 39, 162; 43, 180. [2]) Gaupp-Stein, 804, N. II.

[3]) Vgl. dazu die §§ 772, 73 CPO., die Ordnungsvorschriften aufstellen, bezweckend, zu verhindern, dass schliesslich durch die Veräusserung doch gemäss 932, 1244 unangreifbares Eigentum entstehe. Vgl. Planck, V, 2115, N. 3.

Wirksamkeit eines solchen zunächst hervorzugehen. Denn dem Gerichtsvollzieher ist es gar nicht zur Pflicht gemacht zu prüfen, ob die Sache auch dem Schuldner gehört, bezw. ob sie nicht irgendwie gebunden ist. Nur an äussere Merkmale hat er sich zu halten; er darf die Sache pfänden, wenn sie sich im Gewahrsam des Schuldners (808 I.), im Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befindet (809). Nur wenn er weiss, dass die Sache nicht dem Schuldner gehört, ist die Pfändung widerrechtlich.

Diese Regelung ist aber nur „im Interesse ihrer (der Zwangsvollstreckung) Übertragung an die Gerichtsvollzieher und des raschen Zugriffs"[1]) getroffen; auch wenn der Gläubiger selbst noch guten Glaubens ist, kann eine solche Pfändung nicht zur Entstehung eines Pfandrechts führen; keine Bestimmung des Gesetzes, das doch ausschliesslich die Entstehung des Pfändungspfandrechts regelt, gibt uns das Recht dazu, die Vorschriften des BGB., das den Schutz des guten Glaubens nur für rechtsgeschäftlichen Erwerb kennt, hier anzuwenden. Die „Vorschriften zu Gunsten u. s. w." aber, welche in den oben erwähnten, Verfügungsbeschränkungen enthaltenden Paragraphen angezogen sind, finden keine Anwendung auf die den rechtsgeschäftlichen sonst gleichgestellten Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung. Dafür bietet ein Argument auch 2115, wo nur von der Unwirksamkeit von Verfügungen die Rede ist, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung (oder durch den Konkursverwalter) erfolgen, und wo die bekannte Formel fehlt. Durch eine Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung an einer in dieser Art gebundenen Sache entsteht in gleicher Weise, wie bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen gegenüber einem

[1]) Gaupp-Stein, 771, N. I.; vgl. v. Schrutka-Rechtenstamm, S. 303.

Bösgläubigen, trotz guten Glaubens, je nachdem kein oder ein nur relativ wirksames Pfandrecht.[1])

Das Gesetz hat die Konsequenzen aus seiner, die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers erleichternden Regelung gezogen. Ein Pfandrecht entsteht wohl nicht.[2]) Dies tritt aber nicht nach aussen hervor; die Tätigkeit, die diese Erfolglosigkeit der Pfändung zur Erscheinung bringt, ist dem Dritten überlassen, der behauptet, „dass ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräusserung hinderndes Recht zustehe". Er kann die „Widerspruchsklage"[3]) erheben (771), die nochmals ausdrücklich in § 772, S. 2 auch demjenigen, zu dessen Gunsten das Veräusserungsverbot besteht, in 773, S. 2 dem Nacherben, in 774 dem Ehemann gegenüber einer Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut oder in das Gesamtgut, wenn das gegen die Ehefrau ergangene Urteil in Ansehung des eingebrachten Gutes oder des Gesamtguts ihm gegenüber unwirksam ist, zugesprochen wird.[4])[5]) Dieser gegenüber kann der Gläubiger also nicht geltend machen, er habe durch seinen guten Glauben ein wirksames Pfandrecht erworben.[6])

Die „Widerspruchsklage" kommt aber zu spät, wenn die Regeln des BGB. Platz gegriffen haben: wer in der Zwangsversteigerung gutgläubig die Sache ersteht, hat sie erworben, auch wenn für den versteigernden Gläubiger nie ein Pfandrecht zur Entstehung gekommen war.[7])

---

[1]) A. M. anscheinend Rehbein, S. 235. [2]) „es besteht formal" RG., 40, 290; Gaupp-Stein, 804, N. II. A. M. anscheinend A. Engelmann, S. 595. [3]) Über die Natur der Widerspruchsklage, s. Literatur besonders Langheineken, Urteilsanspruch, S. 152 ff. [4]) Seuffert, Zschr. f. Ziv.-Proz. 22, 322. [5]) Über das Verhältnis zu andern Rechtsbehelfen, s. Gaupp-Stein, 771, N. VII. [6]) Petersen-Anger, 804, N. 1; Sydow-Busch, 804, N. 1; Mittelstein, S. 201 f.; Siber, S. 45; Labes, D. Jur.-Ztg. 5, 225 u. a. OLG. Hamburg (Rspr. II, 219), OLG. Dresden (Rspr. IV, 329 ff.). Zum gleichen Resultat gelangen unter der Herrschaft des alten Rechts RG. 22, 271; 26, 103 f.; zu abweichendem RG. 39, 160 f. (f. Hamburger Recht) und Kahn, Arch. f. civ. Pr., 70, 422 ff. (f. c. c.).
[7]) Gaupp-Stein, 771, VII, N. 4.

§ 9.

Partieller Mangel im Recht.

I.

Wie zum Schutz des gutgläubigen Eigentumserwerbs neben § 932 § 936 steht, tritt in der Frage des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs § 1208 neben § 1207. Hier mag der Verpfänder an sich zur Verfügung über die Sache berechtigt sein,[1]), aber er ist es nicht in vollem Umfang. Die Sache ist nicht frei, sie ist gebunden. Da, wo der Pfandgläubiger seine Hand hinlegen sollte, liegt schon die eines Dritten. Die Sache ist „mit dem Recht eines Dritten belastet", sei es nun ein Niessbrauch, ein Pfandrecht[2]) oder auch ein anderes Recht.[3]) Insoweit ist das Recht des Verpfänders beeinträchtigt; „partieller Mangel im Recht" nennen es die Motive.[4])

Auch diesem gegenüber, wie gegenüber dem totalen Rechtsmangel schützt der gute Glaube. Denn jener ist „für den Erwerber in gleicher Art unersichtlich".[4]) Kennt also zur Zeit des Pfandrechtserwerbs der Erwerber ohne grobe Fahrlässigkeit das auf der ihm

---

[1]) § 1208 greift natürlich ebensowohl Platz im Fall des § 1207. Planck, 1208. Note.

[2]) auch ein gesetzliches.

[3]) auf Niessbrauch und Pfandrecht beschränkt von Planck, 935, N. 5; Biermann dehnt es auf das Verfolgungsrecht (44 KO.; RG. 8, 84; 32, 20) und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (369 ff. HGB.) aus, weiter noch (so auf das Recht des Ehemanns auf Verwaltung und Nutzniessung) Staub, HGB. 366, A. 34 ff,; Kober, 936, N. IV. [4]) III, 347.

verpfändeten Sache lastende Recht eines Dritten nicht,[1]) so steht dies Recht dem von ihm erworbenen Rechte nach.

Nach § 1208, S. 2 (mit 932 I., S. 2; 935, 936 III.) gilt dabei:

a) Im Falle des § 1205 I., S. 2 ist der gute Glaube nur geschützt, wenn der Erwerber den Besitz vom Verpfänder erlangt hatte.

b) Die Pfandsache darf keine dem Eigentümer (oder dem dinglich Berechtigten)[2]) abhanden gekommen sein; Ausnahme: Geld und Inhaberpapiere.

c) Im Fall der Übertragung des mittelbaren Besitzes tritt das Recht des Dritten nicht zurück, wenn dieser der unmittelbare Besitzer ist.[3])

§ 1208 findet bei jeder gültigen Verpfändung Anwendung, erfolge sie nun auf Grund von 1205, 06 oder von 1207, und zwar bei jeder der in § 2 Abh. behandelten Verpfändungsarten. Wo kein Pfandrecht entsteht, weil die Sache eine abhanden gekommene ist, können natürlich die daran bestehenden Rechte auch nicht hinter dem Pfandrecht zurücktreten. Zu den „Vorschriften zu Gunsten . . .“ gehört auch § 1208. Er fliesst aber wohl in der Anwendung mit 1207 zusammen. Betrachten wir dies z. B. an § 135.

Wenden wir § 1207 an, so wird der Eigentümer, der dem Veräusserungsverbot zuwider die Sache verpfändet, wie ein Nichteigentümer angesehen, wenigstens demjenigen gegenüber, dessen Schutz das Verbot bezweckt. Wer in entschuldbarer Unkenntnis des Verbots erwirbt, erwirbt ein vollwirksames Pfandrecht. Das Verbot bleibt natürlich unberührt.

---

[1]) Offenbarer Irrtum bei Bradt, S. 46, A. 4.

[2]) Planck, 1208, Note, Abs. 5; 936, N. 4; Staub, HGB. 366, A. 45, Dür.-H., S. 470; Biermann, 936, N. 2; Cosack, B. R., § 198, VII, 2, S. 124; Mot. III, S. 348. RG. 1, S. 257 f. nach a. HGB.

[3]) Vgl. Wendt, S. 41.

Wenden wir § 1208 an, so wird die Gebundenheit der Sache zu Gunsten der geschützten Person wie ein Recht angesehen, das auf der Sache lastet. Wer in Unkenntnis davon ein Pfandrecht erwirbt, dessen Pfandrecht geht dem „Rechte" vor, d. h., es wird auch demjenigen gegenüber wirksam, zu dessen Gunsten das Veräusserungsverbot besteht. Das Resultat ist das gleiche; näher liegt hier wohl die Anwendung von § 1208.

Besser theoretisch zu trennen sind die beiden Vorschriften in ihrer analogen Anwendung in anderen Fällen, wo das Verbot eine absolute Unwirksamkeit zur Folge hat. So gegenüber 2211.

Zufolge § 1207 erwirbt der gutgläubige Pfandnehmer ein Pfandrecht trotz des Verfügungsverbots.

Zufolge § 1208 wird das Pfandrecht wirksam auch gegenüber der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers. Der Inhalt des guten Glaubens ist immer der gleiche; praktisch ist die Trennung ohne Bedeutung.

In den Fällen des § 4 Abh. hat § 1208 natürlich keine besondere Bedeutung. Soweit danach Pfandrechtserwerb vom Nichtverfügungsberechtigten möglich ist, hat der Paragraph wie bei jeder anderen Verpfändung seine Stelle. (Handelsrecht, s. u. II.) Auch dem partiellen Mangel im Recht des Übertragenden gegenüber ist der gute Glaube nicht geschützt. Wem mit einer Forderung ein Pfandrecht übertragen wird, dem bereits andere Rechte an der Sache vorgehen, erlangt trotz guten Glaubens in Ansehung dieses Rechts kein ihnen vorgehendes Pfandrecht.[1]) Das Schiffspfandrecht (§ 11 Abh.) hat eine Sondervorschrift (1262 II.), die sich aus dem Institut des Schiffsregisters erklärt. Seine Unrichtigkeit soll dem gutgläubigen Pfandrechtserwerber nicht zum Schaden gereichen.

[1]) Planck, 1262, N. 2c.

Bei Pfandrechtserwerb kraft Gesetzes[1]) und kraft behördlichen Zwangsaktes[2]) findet der Paragraph aus denselben Gründen wie 1207 keine Anwendung. Hinter das Vermieterpfandrecht z. B. tritt ein früher zustande gekommenes Recht an der Sache nicht zurück, auch wenn der Vermieter von dessen Existenz nichts wusste.[3]) Anderes gilt natürlich für die privilegierten Pfandrechte des Handelsrechts. (Erweiterung, siehe II.) Für die Pfändung führte die Anwendung der Vorschrift gerade zur Umkehrung des § 804 III.

II.

Weiter noch geht das Handelsrecht: Der gute Glaube wird schon dann geschützt, wenn er sich nicht auf die Lastenfreiheit, sondern auf die Befugnis des Verpfänders, ohne Vorbehalt des Rechtes über die Sache zu verfügen, bezieht (366 II. HGB.). Massgebend waren hier die gleichen Erwägungen wie bei der vom allgemeinen bürgerlichen Recht abweichenden Fassung des § 366 I.

§ 10.

Der Glaube an das Unbestrittensein (§ 325 CPO.) und an die Unanfechtbarkeit (§ 142 II. BGB.) des Rechts.

Das Recht, mag es sich nun von einem Berechtigten oder vom Nichtberechtigten „herleiten", kann gültig entstanden sein und doch noch eines Schutzes bedürfen gegen Ereignisse, die später eintreten, und erst nach rückwärts ein Licht auf die Verhältnisse werfen, unter denen das Recht entstanden ist. Man

---

[1]) Vgl. Mittelstein, S. 287; Siber, S. 41 ff.

[2]) OLG. Köln, Rspr. II, 59, Anm. S. auch Mittelstein, S. 290.

[3]) Borcherdt, S. 75 (aber mit willkürlicher Unterscheidung zwischen Pfand- und andern Rechten) A. M. Fuld, Mietrecht, S. 188 f.

konnte hier nicht unter allen Umständen von vornherein von einem Mangel im Rechte desjenigen sprechen, von dem der Erwerber sein Recht herleitete; trotzdem war es nicht mangelfrei: es war bestritten oder es war anfechtbar.

I.

§ 325 I. CPO.[1]) sagt: „Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen die Parteien und diejenigen Personen, welche nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Rechtsnachfolger der Parteien geworden sind."[2]) Sonderrechtsnachfolger der Partei ist jedenfalls auch derjenige, welcher an der res litigiosa ein Pfandrecht erwirbt,[3]) einerlei, ob durch Vertrag, kraft Gesetzes oder durch Zwangsvollstreckung.[4]) Er folgt in ein Recht, das bisher dem Eigentümer zustand, weil es in dem Inbegriff der Rechte, die das Eigentum ausmachen, enthalten war, und das jetzt aus diesem Inbegriff heraus selbständig geschaffen wird.[5]) Auch gegen ihn muss also danach das Urteil wirken, mag er sein Pfandrecht auch unanfechtbar erworben haben (ob er nun dazu des guten Glaubens bedurfte oder nicht). Es liegt aber auf der Hand, dass derjenige, dem der Mangel im Recht des Autors, wenn er von vornherein feststeht, nicht schadet, ebenso geschützt werden muss, wenn dieser Mangel zur Zeit des Erwerbs

---

[1]) früher als § 192 in E. I des BGB.

[2]) „oder den Besitz der in Streit befangenen Sache in solcher Weise erlangt haben, dass eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist". Dazu gehört zwar auch der Pfandgläubiger; er wird aber als Rechtsnachfolger schon von der ersten Gruppe umfasst.

[3]) Gaupp-Stein, 325, N. III., 265, N. III. Im übrigen, s. Ausführliches über den Begriff der „Rechtsnachfolge" Hellwig, Rechtskraft, S. 92 ff.; auch S. 253 ff.

[4]) Vgl. Hellwig, Rechtskraft, S. 93 f. [5]) RG. 15. 370 f.

noch Gegenstand des Streites war und erst später rechtskräftig festgestellt wird.[1]) So finden wir in 325 II. die bekannte Formel.[2])[3])

Es wird mir erlassen sein, alle bis jetzt behandelten Fälle nochmals zu rekapitulieren.[4]) Für alle gilt: Wo das Recht des Verpfänders, sei es nun Eigentum oder Verfügungsmacht, (Hellwig, Rechtskraft, S. 184: „Prozess über das Ursprungsrecht" — „über das Verfügungsrecht"), sei es total oder partiell bestritten, durch ein rechtskräftiges Urteil verneint wird, ist derjenige gegen die Wirkungen des Urteils geschützt, welcher nach Eintritt der Rechtshängigkeit, sei es nun während oder nach Beendigung des Prozesses ein Pfandrecht an der Sache erwarb,[5]) wenn er im kritischen Zeitpunkt die Rechtshängigkeit weder kannte, noch kennen musste. Wo bei mangelndem Recht nur das Nichtkennen schadet (Erbschein), kommt auch hier nur die Unkenntnis der Rechtshängigkeit in Betracht.

Das rechtskräftige Urteil, das dem Schuldner das Recht über die Sache abspricht, an der ein gesetzliches oder Pfändungspfandrecht zustandegekommen ist, wirkt natürlich gegenüber dem Pfandgläubiger. Der gute Glaube des Erstehers, der rechtswirksam erworben hat, wird auch hier geschützt. Die Ausnahme für die handelsrechtlichen Pfandrechte kehrt auch hier wieder.

Doch ist besonders hervorzuheben: Derjenige, welcher ein Pfandrecht an einer Sache gültig erwarb, in Kenntnis einer daran bestehenden Belastung, aber

---

[1]) Mot. z. BGB. I, 376 ff., besonders S. 379 f. Mot. z. CPO., S. 191 (Begründung des Entwurfs).

[2]) Planck, Allg. Teil. Vorbem., S. 40 ff.

[3]) Dass hier im Sinn der CPO. eine „Rechtsnachfolge" vorliegt, ist also zweifellos (265 III. mit 325 II.).

[4]) Vgl. Hellwig, Rechtskr., 3. Kap., 4. Abschn. Im übrigen kommt H. auf Grund der in dem zitierten Werk entwickelten Theorien vielfach zu abweichenden Resultaten.

[5]) Über den Zeitpunkt, zu dem das Pfandrecht entsteht, s. die einzelnen Fälle in der Abhandlung.

in Unkenntnis der Rechtshängigkeit des diese betreffenden Rechtsstreits braucht das Urteil nicht gegen sich gelten zu lassen. Dies folgt aus 325 III.[1])

II.

Auch im zweiten Fall soll der gute Glaube einen Mangel heilen, der zunächst gar keiner ist.[2]) Der Verpfänder ist Eigentümer bezw. Berechtigter. Aber über seinem Rechte schwebt das Damoklesschwert der Anfechtung. Fällt es, so ist das Recht nie gewesen (wenigstens ist es „so anzusehen").[3]) Wer diese Gefahr kennt oder kennen musste, der steht, wenn die Anfechtung erfolgt, einem gleich, der die Nichtigkeit kannte oder kennen musste. Wer also ein Pfandrecht sich übertragen lässt, obwohl er im entscheidenden Moment weiss, oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiss, dass die Berechtigung des Verpfänders in anfechtbarer Weise erworben ist, der wird, sobald die Anfechtung erfolgt, behandelt, wie wenn er gewusst oder grobfahrlässig nicht gewusst hätte, dass das Rechtsgeschäft, aus dem der Verpfänder seine Berechtigung herleitet (besonders Eigentumserwerb und Bevollmächtigung, aber auch vor allem Eheschliessung), nichtig, d. h. dass der Verpfänder zur Verfügung nicht berechtigt ist. Ist er dagegen gutgläubig, so kommt § 1207 zur Anwendung.

Der Tatbestand kann hier sehr verschiedene Gestalten haben: so versagt der Schutz des Dritten, wenn er von einem Erben erwirbt, von dem er weiss, dass seine Erbenstellung wegen Erbunwürdigkeit anfecht-

---

[1]) Gaupp-Stein, 325, N. IV. A. M. Hellwig, Rechtskr., S. 196f.

[2]) A. Engelmann, der im Resultat mit uns übereinstimmt, hält dies für einen Fall, wo der g. Gl. das mangelnde Verfügungsrecht des Eigentümers ersetzt. (B. R., S. 526).

[3]) 14§ 2 I. BGB.

bar ist, oder wenn er weiss, dass die Verfügung von Todes wegen, auf Grund deren der Erbschein seines Autors ausgestellt ist, anfechtbar ist, sobald die Anfechtung erfolgt.[1])

Wendts[2]) Einwendungen sind m. E. nicht zutreffend. Es ist nicht zu ersehen, warum Wendt die Anziehung der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb vermisst. Wer die Nichtigkeit des Eigentumserwerbs kennt, kennt eben das Nichteigentum, d. h. er ist nicht guten Glaubens. Neben dem Kennen des Nichteigentums schadet nur noch das grobfahrlässige Nichtkennen; damit steht es aber durchaus nicht in Widerspruch, wenn § 142 II. jede fahrlässige Nichtkenntnis der Anfechtbarkeit der fahrlässigen Nichtkenntnis der Nichtigkeit gleichstellt. Es ist eine weitere Fassung, die für unsern Anwendungsfall ohne praktische Bedeutung ist.

Anhang.

§ 11.

Pfandrecht an Schiffen.

I.

Die besondere Regelung des Schiffspfandrechts ergab sich aus dem Bedürfnis, das verpfändete Schiff im Besitz des Verpfänders zu lassen, und dennoch auch hier das Prinzip der Publizität zur Geltung zu bringen.

---

[1]) Planck, 2366, N. Va.; 2359, N. 4. Strohal, S. 373, A. 3. Nicht ganz richtig v. Reibnitz, S. 56. (Es fehlt dem Dritten nicht nur dann der g. Gl., wenn er sowohl die Anfechtbarkeit als auch die bereits erfolgte Anfechtung kennt, er wird vielmehr, wenn die Anfechtung erfolgt, so angesehen, als sei er bösgläubig gewesen, d. h. als habe er die Nichtigkeit gekannt.)

[2]) S. 53 f. Der vertretenen Ansicht Biermann, 932, N. 2c; Fischer-Henle 142 N. 5; Müller-Meikel I, S. 102. Scheiff, S. 130 f.; Planck, 932, N. 2 und 142, N. 5 (wo allerdings die Fassung des Paragraphen auch als nicht ganz vollständig bezeichnet ist.)

Besonders geregelt ist aber nur das Pfandrecht an im Schiffsregister eingetragenen Schiffen. Nicht eingetragene Schiffe, auch wenn sie eintragungspflichtig wären,[1]) unterliegen den bisher erörterten Vorschriften, denn unser BGB. betrachtet ja die Schiffe, in Übereinstimmung mit dem römischen und französischen Recht, als bewegliche Sachen.[2]) Denselben Vorschriften unterliegen die Schiffsparten (1272);[3]) das Pfandrecht erstreckt sich auch auf die Zubehörstücke des Schiffs, die in das Eigentum des Schiffseigentümers gelangt sind (1265).

Das eingetragene Schiff und die Schiffspart nehmen nun unter allen „Sachen" hinsichtlich des gutgläubigen Vertragspfandrechtserwerbs eine Sonderstellung ein. Es ergab sich dies aus der merkwürdigen Zwitterstellung des Schiffspfandrechts in unserm BGB., da es, obwohl als Mobiliarpfandrecht angesehen, doch dem Immobiliarpfand bedeutend angenähert ist.[4])

1. Obgleich das Schiffspfandrecht nur eine Unterart des Pfandrechts an Sachen ist, kann die Vorschrift des § 1207 hier nicht zur Anwendung gebracht werden, weil die Bestellung des Schiffspfands ohne Übergabe, in einer der Immobiliarpfandbestellung analogen Weise sich vollzieht (1260).[5]) Die Konsequenzen daraus für den Schutz des guten Glaubens zu ziehen, unterliess man bewusster Weise aus prinzipiellen und

---

[1]) Massgebend für Seeschiffe das RG. betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe v. 22. 6. 99 und K. VO. v. 1. 3. 00 (vgl. Ges. v. 29. 5. 01 und Schutzgebietsges. i. d. F. v. 10. 9. 00, § 10); für Binnenschiffe BSchG. v. 15. 6. 95 i. d. F. der Bek. M. v. 20. 5. 98, §§ 119—29.

[2]) Aust, Das Pfandrecht am Schiffe, S. 16 ff.

[3]) Definition § 474 HGB. Betr. Binnenschiffe, s. Planck, 1272, N. 1b.

[4]) Zu weit geht A. Engelmann (B. R., S. 607), wenn er sagt, dass das vertragsmässige Pfandrecht an einem eingetragenen Schiffe den Grundsätzen des Hypothekenrechts unterliege. Vgl. Knitschky, S. 788.

[5]) § 1266. A. M. Lewis-Boyens, I, S. 113; II, S. 38, A. 4.

praktischen Gründen.[1]) Das Schiffsregister („an sich kein Institut des Privatrechts"), konnte nicht mit öffentlichem Glauben ausgestattet werden wie das Grundbuch; die Registrierung soll nur, wie die Tradition, dem Erfordernis der Publizität genügen, im übrigen ist ihre Bedeutung eine von der der Eintragung ins Grundbuch durchaus verschiedene. So findet auch § 892 keine entsprechende Anwendung.

So ist hier der gute Glaube ohne Schutz geblieben; nur der Schiffseigentümer (bezw. sein Vertreter) kann das Schiff verpfänden; der totale Rechtsmangel des Verpfänders kann nicht durch den guten Glauben des Erwerbers ausgeglichen werden.[2])

2. Für den partiellen Mangel im Recht ist dies sogar in 1262 ausdrücklich ausgesprochen, aber nur, solange das alte Pfandrecht registriert ist. Ihm muss trotz guten Glaubens des Erwerbers das neue Pfandrecht nachstehen. Ist es aber zu Unrecht gelöscht und gegen die Löschung kein Widerspruch eingetragen (1263 II., S. 2), so dringt ein neues Pfandrecht mit Hilfe des guten Glaubens ihm gegenüber durch. (Diesen Fall umfasst 1262 II., S. 2 stillschweigend mit.)[3]) Dasselbe gilt, wie das Gesetz ausdrücklich hervorhebt, von einem dem zu Unrecht gelöschten nachstehenden Pfandrecht, das auf einen gutgläubigen Dritten übertragen wird. § 1208, S. 2 findet keine Anwendung, und darin liegt sogar eine Erweiterung des Schutzes. Dass das neue Pfandrecht den Vorrang erhalte, wird nicht dadurch gehindert, dass bei traditio brevi manu

---

[1]) Mot. III, S. 847 f. Denkschr., S. 992.

[2]) Kober, 1260, N. 1d; Biermann, 1260, N. 5; Planck, 1260, N. 1a; Dernburg III, S. 768; Cosack HR., S. 143 f., Matthiass, II, 203 Ib, A. M. Lewis-Boyens, II, S. 38, A. 4.

[3]) So Planck, 1262, N. 2c; Biermann, Note zu 1262; Lewis-Boyens, II, S. 39; Kober, 1262 N. 2c. A. M. Knitschky, S. 821 (der de lege ferenda derselben Ansicht ist, aber die Analogie bedenklich findet).

der Erwerber nicht vom Verpfänder erlangt hatte, noch, dass bei Einräumung des Mitbesitzes das Recht dem Besitzmittler zustand, noch dass das Schiff ein abhanden gekommenes war.

II.

1. Was über den gutgläubigen Erwerb eines gesetzlichen Pfandrechts an Mobilien im allgemeinen gesagt wurde, gilt auch hier (1266, 1257). Auch beim gesetzlichen Schiffspfandrecht gelten für die Entstehung die Spezialvorschriften.

2. Die Zwangsvollstreckung in ein Schiff erfolgt durch Zwangsversteigerung (864ff.; 870II. CPO.), so dass also ein Pfändungspfandrecht nicht entsteht (20 I.; 23 I., S. 1 ZwVG.). Auf das gemäss 169 II. einzutragende Pfandrecht finden die Vorschriften des BGB. über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht an einem Schiffe Anwendung. Die Zwangsvollstreckung in eine Schiffspart erfolgt nach den Grundsätzen der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen (858 CPO.).

Dagegen entsteht durch Arrestvollziehung ein Pfandrecht[1]) nach den Vorschriften der Pfändung beweglicher Sachen (931 I.; 930 I., S. 1 und 2). Das Pfandrecht wird auf Antrag eingetragen; auch hier finden die Vorschriften des BGB. über das rechtsgeschäftlich bestellte Schiffspfandrecht Anwendung (931 III.). Ein gutgläubiger Erwerb des Arrestpfandrechts an einem dem Schuldner fremden Schiffe ist daher natürlich unter keinem Gesichtspunkte zugelassen.

III.

Die Ausführungen bez. Übertragung oder Neuschaffung eines Pfandrechts gegenüber einem am

[1]) Einschränkung, § 482 HGB.

Schiffe bestehenden Pfandrecht finden auch Anwendung, wenn das zu Unrecht gelöschte Pfandrecht ein gesetzliches oder Arrestpfandrecht war. Da aber zu deren Entstehung Eintragung nicht nötig ist (II.), so erhebt sich die Frage, ob das gleiche gilt, wenn ein Pfandrecht einer dieser beiden Arten entstanden, aber nicht eingetragen ist. Biermann[1]) meint: „Dagegen spricht, dass das Schiffsregister keinen öffentlichen Glauben hat,[2]) und dass der neue Pfandgläubiger auch nicht den Besitz des Schiffes erlangt. Dafür spricht die Analogie des letzten Satzes des Abs. 2, und diese dürfte ausschlaggebend sein.“ Es wird Biermann unbedingt zuzustimmen sein. Dem Arrestpfandgläubiger steht es ja frei, nach Art der Grundbuchberichtigung sein Pfandrecht eintragen zu lassen und sich so zu schützen.[3]) (931 I., S. 1, Halbs. 1.)

IV.[4])

Eine besondere Art eines vertragsmässigen Schiffspfandrechts kennt das Seehandelsrecht in der Verbodmung (679 ff. HGB.), die vom Schiffer (511) als solchem ausgeht ohne Rücksicht auf das Eigentum des Schiffes (699). Soweit der Schiffer dazu nicht befugt ist (528 I.), hilft dem Dritten auch sein guter Glaube nichts. Dennoch schützt er ihn gegen gewisse Mängel in der Berechtigung. Er kommt nämlich in Betracht, wo es sich darum handelt, ob das Geld wirklich zu dem angegebenen Zweck verwendet worden ist, ob die unter mehreren Kreditgeschäften getroffene Wahl zweckmässig war, und ob dem Schiffer das erforderliche Geld nicht überhaupt zur Verfügung ge-

[1]) 1262, N. 5. [2]) Vgl. Scherer, 1259–92, N. 669; auch Gaupp-Stein, 931, N. II. [3]) Dies erfolgt gemäss 1263 I., u. dieser Paragraph gilt ohne Zweifel auch für das gesetzl. Pfandrecht.

[4]) Cosack, II. R., S. 317 ff.; Schröder, Die Bodmerei (Abschn. 4 in Endemanns Handbuch IV, S. 235 ff.); Aust, S. 43.

standen habe. Solange der Dritte bezüglich dieser Umstände nicht bösgläubig ist, vorausgesetzt natürlich, dass dem Schiffer sonst die Befugnis zustand, kommt das Darlehnsgeschäft und das Pfandrecht für ihn zur Entstehung (528 II.).[1]) Auf die Binnenschifffahrt ist die Bodmerei nicht übertragen.

Über die gesetzlichen Pfandrechte des Seehandels- und Binnenschiffahrtsrechts, s. § 7, III. Abh.

§ 12.

Pfandrecht an Rechten.

I.

Das Pfandrecht an Rechten ist, gleich dem Schiffspfandrecht, obwohl es äusserlich und innerlich noch weiter als dieses sich von dem eigentlichen Mobiliarpfandrecht entfernt, als „Pfandrecht“ i. e. S. geregelt[2]) und daher hier zu betrachten. Den lebhaften Streit, der im Gebiet des gemeinen Rechts über die Möglichkeit und die Konstruktion des Rechts am Rechte sich entsponnen hatte, hat das BGB. durch positive Vorschriften erledigt. So bestimmt es für das Pfandrecht kurz und knapp: „Gegenstand des Pfandrechts kann auch ein Recht sein.“ (1273 I.) Dieser Satz erleidet zunächst zwei wichtige Ausnahmen:

1. Wohl mit einer Hypothek, nicht aber mit einem Pfandrecht im Sinne des BGB. belastet werden können die Rechte, die wie Grundstücke behandelt werden, so besonders das Erbbaurecht (1017 I.), dann die landes-

---

[1]) Lewis, Von den Personen des Seerechts bei Endemann, IV, Absch. 2, S. 84 f., 100 f.; Cosack, H. R. S. 146; Schröder, a. a. O.: „Der Bodmereigeber hat seinen g. Gl. vorausgesetzt, nur die objektive Seite und nicht die subjektive Zweckmässigkeit der .... Massregel zu prüfen.“

[2]) §§ 1273 ff.

rechtlich geregelten Rechte, für die a. 63, 67[1]) 68, 198 EG. zum BGB. Platz greifen.

2. Gänzlich unverpfändbar sind die unübertragbaren Rechte. (1274 II.)[2])

Aber auch innerhalb der Pfandrechte an Rechten haben wir wieder keine einheitliche Regelung, sondern, wie es sich aus der Natur der Sache ergibt, grundsätzliche Verschiedenheiten. Es zeigt sich dies besonders auch in dem für unsere Frage in Betracht kommenden Gebiet, bei der **Bestellung**.

Der Gedanke ist allerdings ein und derselbe, und der nämliche wie beim Pfandrecht an Sachen. Wie dort die Verpfändung der Sache (= des Eigentums) sich im wesentlichen in den Formen der Eigentumsübertragung vollzieht, so geschieht hier die Verpfändung des Rechts entsprechend der Übertragung des Rechts (1274). Mannigfach wie die Rechte selbst, sind aber ihre Übertragungsformen,[3]) und so herrscht auch hier die bunteste Mannigfaltigkeit vor,[4]) so dass sich im Resultat die Verpfändung von Rechten schliesslich doch wieder weit von der Verpfändung von Sachen entfernt. Wo allerdings sich für die Verpfändung eine Abweichung von der Form der Übertragung ergibt, nähert sie sich wieder meist der Sachverpfändung:

1. Wenn zur Übertragung des Rechts die Übergabe einer Sache, besonders einer Urkunde, erforderlich ist, „so finden die Vorschriften der §§ 1205, 1206 Anwendung“. (1274 I., S. 2.)

Diese Vorschrift hat aber nicht etwa den Zweck, die Verpfändung gegenüber der Übertragung zu erleichtern, sondern vielmehr, den Grundsatz der Publi-

---

[1]) Vgl. Bayr. Bergges. v. 30. 6. 00. i. d. F. d. Bek. M. v. 20. 7. 00., a. 42, 43 I. [2]) Eine Aufzählung der wesentlichsten Privatrechte überhaupt, die nach BGB. unübertragbar sind, s. Planck, 1274, N. 3a. [3]) §§ 398 ff., 413, 792, 854 II, 870, 1015 (873), 1154, (1159), 1205, 06, 1291, 1292. [4]) Vgl. v. Schwind, S. 155.

zität im Hinblick auf die zu übergebende Sache auch bei Verpfändung eines Rechts aufrecht zu erhalten. So bleibt z. B. bei Verpfändung einer Briefhypothek das Erfordernis der Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form bezw. Eintragung der Abtretung in das Grundbuch[1]) bestehen; als Ersatz der Übergabe des Hypothekenbriefs aber ist das constitutum possessorium ausgeschlossen, die Einräumung des mittelbaren Besitzes nur unter den Voraussetzungen des § 1205 II., und ausserdem die Einräumung des Mitbesitzes nach 1206 zugelassen.

Für diesen besonders wichtigen Fall der Hypothek- (Grundschuld-, Rentenschuld-)verpfändung kommt dann folgendes hinzu: Sie erfolgt, wie gesagt, durch Erteilung der Verpfändungserklärung in schriftlicher Form und Übergabe des Briefes. Es ist also die Übergabe einer Sache erforderlich; daran ändert § 1117 II. nichts, der besagt, dass die Übergabe ersetzt werden kann durch die Vereinbarung, dass der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Dies ist einfach die Abtretung des Herausgabeanspruchs, ein Surrogat der Übergabe, ebenso wie bei der Übereignung. So wenig man dort zu sagen berechtigt ist: „Zur Übereignung einer beweglichen Sache ist die Übergabe der Sache nicht erforderlich,“ so wenig darf man es hier. Hier wie dort herrscht das Traditionsprinzip. Es liegt somit bei Verpfändung einer Hypothek ein Fall des § 1274 I. Satz 2 vor, und so findet § 1205 II. Anwendung; eine Verpfändung gemäss 1117 II. ist somit nur wirksam, wenn die Verpfändungsanzeige an das Grundbuchamt hinzutritt[2]) (s. unten 4). Dagegen findet 1117 III. unverändert Anwendung (1205 I., S. 2).

---

[1]) § 26 II. GBO.

[2]) So Biermann, 1274, N. 2a; Kober, 1274, N. 1d δ.; Oberneck, S. 579, (§ 135). A. M. Planck, 1274, N. 2a (und ebenso

2. Zur Verpfändung eines indossablen Papiers „genügt die Einigung des Gläubigers und die Übergabe des indossierten Papiers“ (1292). Ein Ersatz der Übergabe ist nicht zugelassen; das Papier muss in den Besitz des Pfandgläubigers gelangt sein, damit er es dem Schuldner aushändigen kann (364 III. HGB.; a. 39, S. 1 WO.) Das Indossament muss ein Vollindossament sein (kein Prokuraindossament), auch mit Angabe des Pfandzwecks;[1]) es genügt Blankoindossament, auch „Blankoübergabe“. Dass der Indossatar dadurch nur ein und ein wirkliches Pfandrecht erlange, ist lebhaft bestritten.[2])

3. Sobald das Recht sich vollkommen in einer Sache verkörpert (Inhaberpapiere), werden die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen wieder völlig wirksam (1293).

4. Eine Annäherung an den Fall des 1205 II. bedeutet schliesslich die Vorschrift über die Verpfändung einer Forderung, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, also den Regelfall. Die Form der Abtretung ist hier insofern modifiziert, als das Erfordernis der Verpfändungsanzeige an den Schuldner hinzutritt (1280). Den Forderungen stellen Biermann (1279, Note) und Dür.-H. (II., S. 505, 2a) andere Ansprüche, besonders den Herausgabeanspruch des Eigentümers, gleich (arg. 413). Die Vorschriften für das Pfandrecht an einer Forderung gelten im übrigen ja auch für das Pfandrecht an einer Grundschuld und an einer Renten-

---

Turnau-Förster, 2. Aufl., N. 1b, S. 901), der unberechtigterweise, allerdings dem strengen Wortlaut nach richtig, 1274 I, Satz 1 zur Anwendung bringt.

[1]) Staub, HGB., § 368, A. 10, N. 1. A. M. anscheinend Müller-Meikel, I, S. 696.

[2]) Näheres, s. Biermann, 1292, No. 2, und ausführliche und zutreffende Begründung der vertretenen Ansicht bei Planck, 1292, No. 4.

schuld (1291), natürlich auch an einer Hypothek, die ja nur zugleich mit der Forderung verpfändet werden kann.[1])

II.

Es erhebt sich somit für uns wieder die Frage:

Ist der gute Glaube des Erwerbers imstande, einen Mangel im Rechte des Verpfänders eines Rechts auszugleichen, sei es nun ein totaler oder ein partieller? Auch hier kann es vorkommen, dass dem Verpfänder das Recht gar nicht zusteht, und dass er in der Verfügung darüber beschränkt ist. Er kann unberechtigterweise sich für über ein fremdes Recht verfügungsberechtigt ausgeben; es kann das Recht mit andern Rechten belastet sein, davon der Pfandnehmer nichts weiss. Ein fünfter Fall tritt hinzu, der nur denkbar ist, wo weder Besitz noch Grundbucheintrag als Anhaltspunkte dienen: das angebliche Objekt des Rechts ist überhaupt nicht vorhanden; ein Recht besteht nicht.

Zunächst: Sind die §§ 1207, 1208 entsprechend anwendbar gemäss 1273 II., S. 1? 1208 wird durch Satz 2 ausgeschlossen. Für 1207 ist daraus nicht in contrarium zu schliessen. Der Gesetzgeber ging von der Ansicht aus, dass eine entsprechende Anwendung des § 1207 auf die Verpfändung von Rechten unmöglich sei, daher nicht ausdrücklich verboten zu werden brauchte. Denn § 1207 setzt eine Übergabe voraus, die

---

[1]) Eine Besonderheit gilt für die ins Reichsschuldbuch eingetragenen Forderungen gegen das Reich. Die Verpfändung einer solchen Forderung erlangt dem Reich gegenüber nur durch die Eintragung Gültigkeit, und zur Stellung von Anträgen sind nur die in § 7 I genannten Personen ermächtigt (RGes. v. 31. 5. 91., § 7 I, und III). Ein gutgläubiger Erwerb eines Pfandrechts an einer solchen Forderung — dies sei schon hier vorweggenommen — wird wohl auf Grund des Erbscheins möglich sein (vgl. § 2 III, 1. Abh.), wenn auch die Behörde sich durch den Erbschein zur Eintragung bestimmen lässt (§ 11). Hinsichtlich der Rechtsverhältnisse der Staatsschuldbücher, s. EG. z. BGB., a. 97 I.

bei der Verpfändung eines Rechts grundsätzlich fehlt.[1]) Auch für die Rechte, die nicht ohne Übergabe übertragen (und daher auch verpfändet 1274 I., 1) werden können, sind die §§ 1207, 08 nicht zur Anwendung zu bringen. Denn bei ihnen (s. o.) ist die Übergabe nicht die allein wesentliche Übertragungsform, sondern nur ein Akt neben anderen. Sie kann nicht allein bei der Verpfändung zur Grundlage gutgläubigen Erwerbs gemacht werden, wo dies bei der Übertragung nicht geschieht, denn — heben die Motive richtig hervor — „derjenige, welcher ein Pfandrecht am Rechte erwirbt, kann nicht günstiger gestellt sein als derjenige, welchem das Recht überhaupt übertragen wird“. (Vgl. dazu oben I., 2, 1.)

Natürlich können dann auch die Bestimmungen, wo „die Vorschriften zu Gunsten . . .“ entsprechende Anwendung finden, hier nicht zur Anwendung gelangen; es ist z. B. im allgemeinen die Verpfändung eines Rechtes, die gegen ein gesetzliches Veräusserungsverbot verstösst, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, trotz des guten Glaubens des Erwerbers den geschützten Personen gegenüber unwirksam (135), u. s. w.

Aber damit ist noch nicht gesagt, dass bei Verpfändung eines Rechtes der gute Glaube nie seine ausgleichende Wirkung entfalten könne. Eine andere Frage ist, ob nicht in den für die Übertragung eines Rechtes geltenden Vorschriften, nach denen ja gemäss 1274 I., S. 1 die Bestellung des Pfandrechts an dem Rechte erfolgt, diesbezügliche Regeln enthalten sind.

Dies ist zu bejahen. Es trifft besonders zu:

1. für die Verpfändung von grundbucheintragungsfähigen Rechten. Als solche kommen in

---

[1]) P. II., Bd. 3, S. 519. Vgl. Mot. III, 854 f. (in E. I., § 1209, war die Unanwendbarkeit für beide Vorschriften ausgesprochen).

Betracht die Reallast, Hypothek (nur zugleich mit der Forderung, 1153 II.), Grund- und Rentenschuld. Für die Verpfändung eines dieser Rechte wirkt der öffentliche Glaube des Grundbuchs (892). Derjenige, welchem ein solches Recht verpfändet wird, erwirbt ein Pfandrecht, wenn sein Verpfänder als Berechtigter im Grundbuch eingetragen, und zugleich aus dem Grundbuch keine Beschränkung in seiner Verfügung über das Recht zu Gunsten einer bestimmten Person ersichtlich ist, sofern nicht zur Zeit der Stellung des Antrags auf Eintragung, wenn dieser vorhergeht, der Einigung ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen, oder die Unrichtigkeit des Buchs oder die Beschränkung des Berechtigten dem Erwerber bekannt ist. Gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs wird hier also auch der Erwerb eines Pfandrechts i. e. S. auch durch die gröbste Fahrlässigkeit nicht beeinträchtigt. Zeitpunkt des guten Glaubens § 892 II.

2. für Briefhypothek, -grund- und rentenschuld, wo der Pfandnehmer auf das Gläubigerrecht seines Verpfänders, das sich aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen (denen gleichsteht ein gerichtlicher Überweisungsbeschluss und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung) sich ebenso verlassen darf, wie wenn er als Gläubiger ins Grundbuch eingetragen wäre. Doch darf auch aus dem Grundbuch nichts anderes ersichtlich sein. Dabei muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass, obwohl hier eine Sache übergeben wird, die „Basis“ des guten Glaubens nicht etwa der Besitz der Sache, des Hypothekenbriefs, ist, sondern vielmehr dieser selbst, d. h. dessen öffentlicher Glaube.

Der Schutz des guten Glaubens beruht also nicht etwa auf 1273 II., S. 1 mit 1207, sondern auf 1274 I., 1 mit 1155, 892.[1])

Auf die Forderung erstreckt sich (ebenso wie bei 1.) dieser Schutz des gutgläubigen Pfandberechtigten nicht.[2])

3. für die Verpfändung von Wechseln und andern indossablen Papieren.[3]) Als solche kommen in Betracht von einem Kaufmann ausgestellte Anweisungen über die Leistung von Geld, Wertpapieren oder andern vertretbaren Sachen, ohne dass darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, kaufmännische Verpflichtungsscheine unter denselben Voraussetzungen, Konossemente der Seeschiffer, Ladescheine der Frachtführer, Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten, sowie Bodmereibriefe und Transportversicherungspolizen (diese Kategorien sämtlich, wenn sie an Ordre lauten) (363 HGB.), Namenaktien (222 III. HGB.) und schliesslich, soweit es Landesgesetze bestimmen, Checks (a. 17 EG. z. HGB.) und nicht schon unter § 363 HGB. fallende Lagerscheine (a. 16).

Nicht immer aber begleitet die Verpfändung dieser Papiere der Schutz des guten Glaubens. Nach § 1292 genügt die Einigung von Gläubiger und Pfandgläubiger[4]) und die Übergabe des indossierten Papiers. Daneben aber kann die Verpfändung auch auf gewöhnlichem Wege, der Zession analog, d. h. nach 1274 I., S. 2 geschehen: Vertrag und Übergabe des Papiers.[5])

Im letzteren Fall gibt es so wenig einen Schutz

---

[1]) Von Enneccerus-Lehmann in der 1. Aufl. noch verkannt.
[2]) Dür.-H., II, S. 557.
[3]) A. M. ansch. Müller-Meikel, S. 687; vgl. auch S. 696.
[4]) in E. I noch „erforderlich".
[5]) Biermann, 1292, N. 1; Cosack, B. R. II, S. 377; vgl. Goldschmidt, S. 313 ff.

des guten Glaubens wie bei der Zession auch. Im ersteren jedoch werden Art. 36, 74 WO. bezw. §§ 365 I. und 222 III. HGB. wirksam. Diese Paragraphen schützen nicht nur den guten Glauben desjenigen, dem das Papier zum Zwecke der Forderungsübertragung, sondern auch, dem es behufs Verpfändung indossiert wird. (1274 I., 1.) Ist doch der Pfandgläubiger, wenn er auch nur Pfandgläubiger ist, Indossatar. Der Erwerber kann sich also darauf berufen, wenn sein Verpfänder gemäss a. 36 WO. legitimiert ist, sofern er guten Glaubens ist.[1]) Der gute Glaube wird ausgeschlossen durch Wissen und grobfahrlässiges Nichtwissen, in seinem Inhalt jedoch geht er über alle bis jetzt behandelten Anwendungsfälle hinaus, ja, in diesem einzigen Falle über den Umfang, den wir dem Begriff bei Beginn der Abhandlung gegeben haben; wie Staub[2]) nachweist, umfasst er nicht nur den Mangel im Recht, sondern auch in der Fähigkeit des Autors.

Zugleich ist zu beachten, dass die WO. auch für einen abhanden gekommenen Wechsel keine Ausnahme kennt.

III.

Wir haben im Verlauf unserer Darstellung gesehen, dass der gute Glaube immer eine äusserlich erkennbare Grundlage haben muss, um geschützt zu sein. Es folgt daraus, dass der Zessionar einer Forderung, die durch blossen Vertrag übertragen wird, durch seinen guten Glauben auch nur unter dieser Voraussetzung geschützt sein kann. Zwei solcher Fälle kennt unsere Gesetzgebung. Es ist

[1]) Staub, HGB. 368, A. 12; Dür.-H., II, S. 503 f. A. M. Dernburg, B. R. III, S. 761. Vgl. über die Legitimation des auf dem Papier lediglich als Pfandgläubiger Benannten nach aussen, Kober, 1292, N. 2d.

[2]) WO. zu a. 74; HGB. 368, A. 22; 365, A. 9. A. M. Dür.-H., II, 365, N. II, 3.

1. der Fall des § 405; Basis des guten Glaubens ist der Schuldschein (dessen Übergabe aber nicht für den Übergang der Forderung wesentlich ist!). Es steht nichts im Wege, diese Vorschrift auch auf die Verpfändung der Forderungen anzuwenden, wenn auch, wie Scherer[1]) richtig betont, sonst eine Ausdehnung des Paragraphen als einer Ausnahme über seinen Fall nicht zulässig ist.

Der Mangel im Recht kann ein doppelter sein. Entweder besteht eine Forderung überhaupt nicht[2]) (die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses ist nur zum Schein erfolgt, 117, 118, 116 S. 2) oder die Abtretung (also auch die Verpfändung, denn in jeder Verpfändung steckt ja im letzten Ende eine Abtretung) ist durch ein pactum mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen.

Danach gilt für die Verpfändung: Ist eine Forderung in ordnungsgemässer Weise, d. h. durch Einigung und Anzeige an den Schuldner (1280), und unter Vorlegung einer vom Schuldner über die Schuld ausgestellten Urkunde verpfändet, so erlangt der Erwerber ein Pfandrecht an der Forderung, wenn er ohne Fahrlässigkeit (122 II.) nicht wusste, dass die Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei, weil das Schuldverhältnis nur zum Schein eingegangen oder anerkannt war, oder dass der Verpfändung ein pactum de non cedendo entgegenstehe.

Dazu kommt

2. der Schutz durch den Erbschein, den wir schon oben kennen gelernt haben, und der natürlich auch bei Verfügungen des Scheinerben über eine Forderung wirksam wird.[3])

[1]) Komm. II, § 405. [2]) Aus diesem Fall erhellt ganz besonders deutlich die rechtsbegründende Funktion des g. Gl., der durch ihn herbeigeführte originäre Rechtserwerb. [3]) Strohal, S. 381.

IV.

1. Schliesslich geht noch aus § 1293 hervor (s. I., 3), dass auf Inhaberpapiere die §§ 1207, 1208 in vollem Umfang Anwendung finden, dass also der gutgläubige Erwerb eines Pfandrechts an einem Inhaberpapier in gleicher Weise geschützt ist wie an einer beweglichen Sache.

Dazu tritt noch die Erweiterung des Schutzes aus 935 II. Dass das Inhaberpapier abhanden gekommen ist, hindert den gutgläubigen Pfandrechtserwerb nicht.

2. Andererseits bringt ein Spezialfall des Handelsrechts hier eine Beschränkung des guten Glaubens. Es ist § 367 HGB., der für die Bösgläubigkeit des „Kaufmanns, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt“, beim Ankauf oder der Pfandnahme eines seinem Eigentümer abhanden gekommenen Inhaberpapiers[1]) eine praesumptio iuris et de iure dann aufstellt, wenn „zur Zeit der Veräusserung oder Verpfändung der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus der Urkunde Verpflichteten im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit dem Ablauf des Jahres, in welchem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen war“. Der Nachweis, dass er ohne jede grobe Fahrlässigkeit den Verpfänder für den Eigentümer gehalten, auch die Veröffentlichung nicht gelesen habe, kann ihm das Pfandrecht nicht verschaffen. Einzig die Tatsache, dass „besondere Umstände“ vorliegen, zufolge deren er die Veröffentlichung weder kannte noch kennen musste, lassen die Präsumption nicht wirksam werden.

V.

Ein gesetzliches Pfandrecht an einem Recht ist nur in sehr beschränktem Masse möglich; nach 233,

[1]) Ausnahme, s. § 367 III.

34 BGB., 397 HGB. an Wertpapieren; nur nach 756, 58[1]) HGB. an einer Forderung als solcher. Gutgläubiger Erwerb ist selbstverständlich ausgeschlossen. (Das gesetzliche Pfandrecht des BGB. kennt keinen Schutz des guten Glaubens; 366 III. HGB. findet auf in blanco indossierte Wechsel Anwendung; für 756, 58 ist das Eigentumsverhältnis belanglos.)

Am Inhaberpapier ist das gesetzliche Pfandrecht und sein gutgläubiger Erwerb möglich, wo dies an der Sache der Fall ist.

VI.

Die Zwangsvollstreckung in Rechte erfolgt grundsätzlich durch das Vollstreckungsgericht, und zwar auf verschiedene Weise:

1. in Geldforderungen i. allg. nach § 829 CPO.;

2. in hypothekgesicherte Forderungen nach 830. An die Stelle der Übergabe des Hypothekenbriefs kann nach 850 I., S. 2 die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher treten. Entsprechende Anwendung finden die Vorschriften auf die Zwangsvollstreckung in eine Reallast, Grund- oder Rentenschuld (857 VI.);

3. in Wechsel und andere indossable Papiere nach 831 (Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher);

4. in Ansprüche, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, nach 846 (829—845; 847 ff.) (847: Mitwirkung des Gerichtsvollziehers);

5. in Inhaberpapiere wie in „körperliche Sachen" (808).

Spezialvorschriften besonders noch in 852, 859, 860, 861, 862, 863.

Eine nicht übertragbare, also nicht verpfändungs-

[1]) Vgl. v. Schwind, S. 158.

fähige Forderung ist grundsätzlich nicht pfändbar (851; doch 851 II.); bezw. eines unveräusserlichen Rechts, s. 857 III.

Der gutgläubige Erwerb eines Pfändungspfandrechts an einem fremden Recht ist natürlich, wie sich aus unsern bisherigen Betrachtungen zur Evidenz ergibt, ausgeschlossen.[1]) Weder steht dem Gläubiger bei Pfändung eines Buchrechts der öffentliche Glaube des Grundbuchs oder bei der einer Briefhypothek u. s. w. der des Briefs[2]) (830 I., S. 2 schliesst sich sachlich an 897 an, doch kommt 898 nicht zur Anwendung; die Übergabe ist nur ein Bestandteil der Pfändung, der Brief nicht das eigentliche Objekt des entstehenden Pfandrechts; an ihm entsteht kein eigenes Pfändungspfandrecht) zur Seite (wie oben: kein Rechtsgeschäft); auch der öffentliche Glaube des Erbscheins wirkt nicht. Ebensowenig werden Rechte Dritter am Rechte berührt.

Durch die Pfändung eines fremden Inhaberpapiers entsteht so wenig ein Pfandrecht wie durch die Pfändung einer fremden Sache, und schliesslich entsteht es auch nicht durch Pfändung eines fremden Wechsels, mag dieser auch in blanco indossiert sein.[3])

Anmerkung.

Landesgesetzliche Vorbehalte.

Im Gebiete des Mobiliarpfandrechts bleiben nach dem EG. z. BGB. unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften:

1. über die zum Schutze der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen (a. 89).

Das bayrische Feldschadengesetz vom 6. März 1902

[1]) Gaupp-Stein, 829, N. 4.
[2]) Oberneck, S. 596.
[3]) Staub, WO., a. 9, A. 11; RG. 35. 76; Gaupp-Stein, 836, N. 1.

kommt für unsere Frage nicht in Betracht, da es auf das Eigentum an dem pfändbaren übergetretenen Tier dabei nicht ankommt.

2. welche den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher und der Pfandleihanstalten betreffen; weiter, nach welchen öffentlichen Pfandleihanstalten das Recht zusteht, die ihnen verpfändeten Sachen dem Berechtigten nur gegen Bezahlung des auf die Sache gewährten Darlehens herauszugeben (a. 94).

Dies verordnet a. 91 B.A.G. z. BGB. vom 9. Juni 1899. Die §§ 1207, 1208, 935 I. modifiziert er für die öffentlichen Pfandleihanstalten gemäss dem Vorbehalt des EG. zwar nicht in ihren Wirkungen, wohl aber in ihrer praktischen Bedeutung. Auch die öffentliche Pfandleihanstalt erwirbt an ihr verpfändeten Sachen kein Pfandrecht, wenn sie zur Zeit der Verpfändung nicht guten Glaubens war, oder trotz guten Glaubens, wenn die Sachen gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen waren; ebensowenig treten frühere Belastungen der Sache, in Ansehung deren sie schlechtgläubig war, zurück hinter ihr Pfandrecht, wohl aber dringt die Vindikation des Berechtigten ihr gegenüber nur durch, wenn dieser das auf die Sache gewährte Darlehen samt Zinsen bezahlt.[1])

[1]) Planck, EG. a. 94, N. 4 und 5. Henle-Schneider, a. 91. Vorbemerkung und A. 2 und 3.